Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, vorgelegt von

Alois Schuler

von Alpthal/SZ

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. M. Rehbinder

1978

1979

Stämpfli & Cie AG Bern

Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, vorgelegt von

Alois Schuler

von Alpthal/SZ

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. M. Rehbinder

1978

Stämpfli & Cie AG Bern

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 25. Januar 1978

Der Dekan:

Prof. Dr. H. Schelbert-Syfrig

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 456 der Reihe

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

begründet durch †Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt durch †Prof. Dr. Theo Guhl, herausgegeben von Dr. Hans Merz, Professor der Rechte an der Universität Bern.

©
Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1978
Rechnergesteuerter Filmsatz, Offsetdruck und Buchbinderarbeit Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland

Für Lisa

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 9

1. Teil: Begriff und Rechtsnatur der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ... 15

1. Kapitel: Begriff und Funktion der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ... 15

§ 1 Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 15

§ 2 Prototyp der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 18

I. Zur Methode 18
II. Vereinbarung en bloc 19
III. Verheimlichungs- und Verklausulierungseffekte; globale Integration 19

§ 3 Zur Terminologie 23

2. Kapitel: Die Rechtsnatur der AGB 24

1. Abschnitt: Historische Entwicklung 24

§ 4 Überblick 24

§ 5 Die Geltung von AGB vor 1900 26

I. Das Geltungsproblem in der Lehre 26
A. Die deutsche Lehre 26
B. Die schweizerische Lehre 28
II. Das Geltungsproblem in der Rechtsprechung 28
A. Die deutsche Rechtsprechung 28
B. Die schweizerische Rechtsprechung 31

§ 6 Die Geltung der AGB zwischen 1900 und dem reichsgerichtlichen Urteil vom 31. Januar 1941 31

I. Überblick 31
II. Die Geltung der AGB in der Rechtsprechung 32
III. Die Geltung der AGB nach der deutschen Doktrin 34
A. Die Theorie von ALFRED HUECK 34
B. Die Theorie von GROSSMANN/DOERTH 35
C. Die Theorie von LUDWIG RAISER 37
IV. Die Normentheorie in der schweizerischen Literatur 39

§ 7 Das Reichsgerichtsurteil vom 31. Januar 1941 sowie die ihm folgenden Meinungen in Doktrin und Rechtsprechung 40

I. Das Reichsgerichtsurteil vom 31. Januar 1941 40
II. Die Aufnahme des reichsgerichtlichen Urteils durch die Doktrin 40
A. Zustimmende Stellungnahmen 40
B. Ablehnende Stellungnahmen 43

§ 8 Die Entwicklung der Geltungstheorie in Deutschland nach 1945 43

I. Das Schicksal der objektiven Geltungstheorie in Lehre und Rechtsprechung 43
II. Zwischenergebnis 45

III. Die Geltungsfrage in der neueren deutschen Literatur 45
IV. Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 48

§ 9 Die Geltung der AGB nach der neueren schweizerischen Literatur 48

2. Abschnitt: Die Rechtsnatur der Allgemeinen Geschäftsbedingungen .. 49

§ 10 Grundlagen 50

I. Recht und Geltung 50
A. Das Recht als Normensystem 50
B. Die Geltung der Rechtsnorm 51
1. Vorbemerkungen 51
2. Der normative Geltungs- und der faktische Wirksamkeitszusammenhang ... 53
3. Zur Geltung der einzelnen Rechtsnorm 54
C. Zur rechtlichen Geltung von Verträgen 55
1. Grundsatz 55
2. Zur Normenstruktur der Verträge insbesonders 56

§ 11 Die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 58

I. Die Verbindlichkeit der AGB 58
II Grundsatz und allgemeine Delegationsnorm 58
III. Besondere Delegationsnormen 59
A. Art. 37 IV Arbeitsgesetz 59
B. Art. 35 Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag 59
C. Verträge von «überindividuellem» Gepräge 60
IV. Folgen der misslungenen Integration 60
V. Zur rechtlichen Bedeutung des Aufstellungsaktes 61
VI. Der normative Charakter des AGB-Inhaltes 63

2. Teil: Die Geltung der AGB im Einzelvertrag 65

3. Kapitel: Die Übernahme der AGB in den Einzelvertrag 65

§ 12 Der Einbeziehungsvertrag (Grundlagen) 65

I. Das Wesen des Einbeziehungsvertrages 65
II. Arten von Einbeziehungsverträgen: Voll- und Globalübernahme 66
A. Beidseitige Vollerklärungen 66
B. Ein- oder beidseitige Globalerklärungen 66
C. Zur Methode der Untersuchung 68
III. Die Auslegung des Einbeziehungsvertrages 68
A. Zu Begriff und Konzeption der Vertragsauslegung 68
B. Grundsatz und Geltungsbereich der subjektiven Auslegung 73
1. Der Grundsatz der subjektiven Auslegung 73
2. Der Geltungsbereich der subjektiven Auslegung 74
C. Grundsatz und Geltungsbereich der objektiven Auslegung 75
1. Der Anwendungsbereich der objektiven Auslegung 75
2. Das Wesen der Vertrauenstheorie 75
3. Die bei der objektiven Auslegung zu berücksichtigenden Umstände 78
a) Die allgemeinen Lebensverhältnisse und die Besonderheiten der Wirtschafts- und Sozialordnung 78
b) Besondere persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse der Beteiligten ... 78
c) Besondere Umstände im Zusammenhang des Vertragsschlusses 79

d) Verkehrssitten ... 79
e) Die besondere Interessenlage unter den Beteiligten ... 82

§ 13 Der Einbeziehungsvertrag ... 84

I. Die Einbeziehung durch ausdrückliche Verweisungserklärungen ... 84
II. Die Einbeziehung durch konkludente Verweisungserklärungen ... 85
A. Überblick ... 85
B. Vorbemerkung: Die rechtsgeschäftliche Bedeutung des Schweigens ... 85
C. Die «Wissen-Müssen»-Formel ... 87
1. In der deutschen Lehre und Rechtsprechung ... 87
2. Die Bedeutung für das schweizerische Recht ... 88
D. Typische Fälle konkludenter Verweisung auf AGB ... 90
1. Vor dem Vertragsschluss übersandte individuelle Empfehlungs- und Bewerbungsschreiben; Offerten ... 90
2. Vor dem Vertragsschluss zugestellte Reklamesendungen mit nicht-individuellem Massencharakter; Kataloge, Prospekte usw. ... 91
3. Allgemeine Publikation der AGB vor Abschluss des Vertrages ... 93
4. Anschläge im Geschäftslokal ... 94
5. Lieferscheine, Rechnungen, Gebrauchsanweisungen, Versandanzeigen ... 96
6. Quittungen, Tickets, Fahrkarten, Depotscheine ... 97
7. Frühere Vertragsbeziehungen unter den Parteien ... 98
8. Das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ... 100
a) Die herrschende Auffassung über die Bedeutung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens ... 100
b) Kritik ... 101
c) Die Einbeziehung der AGB durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben 105

§ 14 Die Geltung der AGB durch Verkehrssitte ... 106

§ 15 Zur Geltung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen ... 110

4. Kapitel: Die Ungültigkeit vereinbarter AGB ... 113

§ 16 Die Schranken der rechtsgeschäftlichen Zurechnung vereinbarter AGB ... 113

I. Überblick ... 113
II. Der Grundsatz für die Zurechnung global vereinbarter AGB ... 114
III. Die Schranken der rechtsgeschäftlichen Zurechnung vereinbarter AGB ... 116
A. Erste Schranke der Zurechnung: Übereinstimmender konträrer Geschäftswille 116
B. Zweite Schranke der Zurechnung: Der erkennbar abweichende innere Wille des Kunden ... 116
C. Dritte Schranke der Zurechnung: Die Ungewöhnlichkeitsregel ... 118
D. Vierte Schranke der Zurechnung: Widerspruch zur Individualabrede ... 120
E. Fünfte Schranke der Zurechnung: Erhöhte Anforderungen an Gerichtsstandsklauseln ... 122
F. Sechste Schranke der Zurechnung: Klauseln, die den Interessen des Kunden in unbilliger Weise zuwiderlaufen ... 124

3. Teil: Die Zurechnung global einbezogener AGB, die eine den Kunden in unbilliger Weise benachteiligende Ordnung enthalten ... 126

5. Kapitel: Die Zurechnungsprinzipien von Verträgen und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ... 126

§ 17 Das Problem ... 126

§ 18 Privatautonomie und «vertragliche Richtigkeit» ... 127

I. Privatautonomie ... 127
A. Die Privatautonomie als einziges Zurechnungsprinzip ... 127
B. Kritik: Das Ungenügen der monistischen Zurechnungstheorie ... 128
II. Die vertragliche Richtigkeitsgewähr als ergänzendes Zurechnungsmoment ... 132
A. Wesen der vertraglichen Richtigkeitsgewähr ... 132
B. Die Bedeutung der Richtigkeitstheorie ... 134
1. Die Bedeutung der Richtigkeitstheorie für die Zurechnung überhaupt ... 134
2. Die Bedeutung der Richtigkeitstheorie für die Zurechnung vertraglicher Rechtsfolgen, die sich nicht durch die Privatautonomie rechtfertigen lassen ... 136

§ 19 Mangelnde Richtigkeitsgewähr bei AGB-Verträgen ... 137

§ 20 Verminderte Privatautonomie bei Verträgen unter Einbeziehung von AGB ... 139

§ 21 Ergebnis: Die Problemstellung bei der rechtsgeschäftlichen Zurechnung vereinbarter AGB ... 144

6. Kapitel: Der Schutz des Kunden vor unbilligen AGB ... 146

§ 22 Lösungsansätze ... 146

I. Ausgangslage ... 146
II. Inhaltskontrolle aufgrund von § 138 I BGB ... 146
A. Reichsgericht ... 146
B. Die Anwendung auf das schweizerische Recht ... 148
III. AGB als einseitige Regelung des Vertragsinhaltes ... 150
A. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung ... 150
B. Die Übernahme der Theorie von der einseitigen Vertragsgestaltung in der schweizerischen Literatur ... 151
C. Kritik der Lehre von der Überschreitung vertraglich eingeräumten Ermessens ... 153
IV. Kontrolle des Inhaltes von AGB in Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben ... 160
A. In der deutschen Lehre und Rechtsprechung ... 160
B. Kontrolle des Inhaltes von AGB in Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach schweizerischem Recht ... 162

§ 23 Unbillige AGB-Verträge und unredlicher Rechtserwerb ... 164

I. Bei Vollerklärung des Kunden ... 164
II. Bei Globalerklärung des Kunden ... 165
A. Keine unmittelbare Anwendung des Rechtsmissbrauchverbotes ... 165
B. Globalübernahme und Institutsmissbrauch ... 165
1. Der Institutsmissbrauch ... 165
2. Vertragsmodell, Privatautonomie und Freiheit der Persönlichkeit ... 167
3. Globalübernahme einseitiger AGB als Institutsmissbrauch ... 169

§ 24 Ergebnis: Die Obliegenheiten des Verwenders, auf unbillige und einseitige Klauseln seiner AGB hinzuweisen ... 170

§ 25 Schlussthesen ... 171

Literaturverzeichnis

AUER: Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, Diss. St. Gallen 1964.

BAUMBACH/DUDEN: Kommentar zum HGB, 18. A., München 1968.

BAUER: Der Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1977.

BECKER: Berner Kommentar zum OR, Bd. 1, 2. A., Bern 1941.

BERLIOZ: Le contrat d'adhésion, Paris 1973.

BERNHARDT: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen, DR 1942, S. 1171.

VON BRUNN: Die formularmässigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. A., Köln/Berlin 1956.

BUCHER: Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965.

VON BÜREN: Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Zürich 1964.

BÜRGI: Ursprung und Bedeutung der Begriffe «Treu und Glauben» und «Billigkeit» im schweizerischen Zivilrecht, Bern 1939.

BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. A., Zürich 1944.

BYDLINSKI, F.: Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien 1967.

– Zur Einordnung der AGB im Vertragsrecht, in FS Kastner 1972.

CANNER/SCHOOP: Arbeitsgesetz, Zürich 1977.

VON CRAUSHAAR, Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, München 1969.

DANZ: Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. A., Jena 1911.

DERNBURG: Pandekten, 8. A., Berlin 1911/12.

DESCHENAUX: Der Einleitungstitel, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Basel 1967.

EILLES: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Gerichte, DR *1941* 121.

ENGEL: Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973.

ENGISCH: Einführung in das juristische Denken, 6. A., Stuttgart 1975.

ENNECCERUS/NIPPERDEY: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. A., Tübingen 1960.

EMMERICH, V.: Die Problematik der AGB, in JuS *1972* 361 ff.

ERMANN: Handkommentar AGB, 6. A., Münster 1976.

ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht, Bd. 1, Allg. Teil, 1. Teilband, 5. A., Karlsruhe 1975.

ETTER: Ubi rem meam invenio – ibi eam vindico, Gedanken zur Sammelverwahrung von Wertschriften, SJZ *74* (1978) 101 ff.

FIKENTSCHER: Schuldrecht, 5. A., Berlin 1975.

FLUME: Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in FS Deutscher Juristentag, Karlsruhe 1960, S. 135 ff.

– Das Rechtsgeschäft, 2. A., Berlin 1976.

FORSTMOSER, P.: AGB und ihre Bedeutung in der Bankpraxis, in Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bern 1976, S. 11 ff.

FREYTAG/LÖRINGHOFF: Logik, 2. A., Stuttgart 1955.

FRIEDRICH: Analogie als Mittel der richterlichen Rechtsfindung, ZSR *71* (1952) 439 ff.

GAUCH: Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. A., Zürich 1977.

GOLDSCHMIDT: Die Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen im Güterverkehr, in ZHR *4* 569 ff.

GROSSMANN-DOERTH: Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg 1933.

– Der Jurist und das autonome Recht der Wirtschaft, in JW *1929* 3447 ff.

GULDENER: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 1958.

GULDENER: Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1951.

HAGEN: Versicherungsrecht, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 8. Band, I. Abteilung, Leipzig 1922, S. 1 ff.

HAMELBECK: Begriff, Arten und Verbindlichkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 1930.
HANAU: Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, ACP *165* (1965) 220ff.
HART: Konsumentenschutz durch AGB-Gesetz?, KJ *1977* 62ff.
HAUSHEER: Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, in ZSR *1976* II 241ff.
HAUSS: Länderbericht Deutschland, in Richterliche Kontrolle von AGB, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 41, 1968, S. 7ff.
HECHT, W.: Der standardisierte Vertrag, in ZSR *1960* 47ff.
HELLER: Die Souveränität, Berlin 1928.
HELM: Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, JuS *1965* 121.
– Grundlagen einer normativen Theorie der allgemeinen Geschäftsbedingungen, in Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag, 1973, S. 125ff.
HERSCHEL: Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, DR *1942* 753.
HOMBURGER: Zum «Durchgriff» im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ *67* (1971) 249ff.
HUECK: Normenverträge, Jher. Jahrb. *73* 33ff.
HUG: Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971.
HUHN: Allgemeine Geschäftsbedingungen, in Grundlagen des Zivil- und Schuldrechts, Hrsg. Emmerich, Frankfurt 1972.
HURST: Inwieweit kann Gesetzesrecht durch AGB abbedungen werden?, Diss. Köln 1958 (AGB).
KELLER H.: Allgemeine Geschäftsbedingungen. Eine Rechtstatsachenuntersuchung in einigen Zweigen der schweizerischen Wirtschaft, ASR Heft 395, Bern 1970 (AGB).
KELLER, M.: Kommentar zum BG über den Versicherungsvertrag, Bd. 1, Allg. Bestimmungen, Bern 1968 (Kommentar I).
– Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, in SJZ *1961* 313ff.
KELSEN: Reine Rechtslehre, 2. A., Wien 1960.
KLEINER: Die AGB der Banken, Giro- und Kontokorrentvertrag, 2. A., Zürich 1964 (AGB der Banken).
KLIEGE: Rechtsprobleme der AGB in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 61, Göttingen 1966 (AGB).
KOCH: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Jena 1932.
KÖNIG: Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A., Bern 1967.
– Rechtsquellen der Privatversicherung, in ZBJV *91*bis 389ff.
KÖTZ, H.: Welche gesetzgeberischen Massnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegen AGB und Formularverträge?, Gutachten, in Verhandlungen des 50. DJT, Bd. 1, München 1974.
KRAUSE: Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, Betriebs-Berater *1955* 265ff.
KRÜGER, HERBERT: Staatliche Gesetzgebung und nichtstaatliche Rechtsetzung, Recht der Arbeit *1957* 201ff.
KRAMER: Grundfragen der vertraglichen Einigung, Salzburg 1972.
– Die krise des liberalen Vertragsdenkens, München 1974.
– Die normative Kraft des dispositiven Rechts, am Beispiel der AGB der österreichischen Kreditunternehmen, in ÖJZ *1973* 505ff.
LARENZ: Allg. Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. A., München 1975.
– Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allg. Teil, 11. A., München 1976.
– Bemerkungen zur Haftung für «culpa in contrahendo», in FS Karl Ballerstedt, Berlin 1975, S. 397f.
LEHMANN/HÜBNER: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. A., Berlin 1966.
LINTZ: Richterliche Kontrolle der AGB, in WM *1965* 30ff.
LOERTSCHER: Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1977.
LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER: Kommentar zum Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Heidelberg 1977.

LUKES, R.: Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in FS Hueck, München 1959, S. 459 ff. (FS Hueck).
– § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW *1963* 1897 ff.
LUHMANN: Rechtssoziologie, Bde. 1 und 2, Reinbek 1972.
MEESKE: Die Unterwerfung unter AGB, in Betriebs-Berater *1959* 857 ff.
MEIER-HAYOZ, A.: Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Diss. Zürich 1948.
– Berner Kommentar zum Sachenrecht, Syst. Teil, Bern 1966.
MERZ: Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 ZGB, Bern 1966.
– Massenvertrag und AGB, in FS Schönenberger, Fribourg 1968, S. 137 ff.
– in Richterliche Kontrolle von AGB, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 41, 1968, S. 67 ff. (Richterliche Kontrolle).
– Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsschöpfung, ZSR *80* (1961) 335 ff.
– Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat en droit suisse, in La Semaine judiciaire *97* (1975) 193 ff.
MICHEL: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, Tübingen 1932.
MÜLLEREISERT: Allgemeine Lieferungsbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand, Berlin 1932.
NAEGELI: Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1951.
NAENDRUP, P. H.: Die Teilnichtigkeit im Recht der AGB, Bielefeld 1966.
NEUMEYER: Les conditions générales des contrats – contrats d'adhésion, in Recueil de travaux suisses présentés au VIII^e Congrès internat. de droit comp., Basel 1970, S. 154 ff. (Recueil 1970).
NÖRR: Die Rechtsnatur der AGB, Diss. München 1954.
NORDMANN: Le contrat d'adhésion, thèse Lausanne 1974.
NUSSBAUM: Theorie und Wirklichkeit der Allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, in ArchBR *42* 136 ff.
OFTINGER: Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR *58* (1939) 178 ff.
– Die Vertragsfreiheit, in Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Zürich 1948, S. 315 ff.
– Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in FS Simonius, Basel 1955, S. 263 ff. (FS Simonius).
– Überblick über die Problematik und einige Hauptpunkte der Interpretation, in SJZ *1967* 353 ff.
– Bundesgerichtspraxis zum Allg. Teil des schweiz. OR, Zürich 1969.
– Betrachtungen über die laesio im schweizerischen Recht, FS Zepos, Bd. II, Freiburg 1973, S. 535 ff.
OSER/SCHÖNENBERGER: Kommentar zum OR, Bd. V 3, 2. A., Zürich 1945.
PAGENSTECHER: Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, Marburg a. d. Lahn 1944.
PALANDT: Bürgerliches Gesetzbuch, 36. A., München 1977 (Palandt/Heinrichs).
PATRY: Les contrats d'adhésion comme source de droit, in ZBJV *91^bis* 367 ff.
– Grundlagen des Handelsrechts, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Basel 1976.
RAISER: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg v. d. H. 1935, Nachdruck 1961.
– Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Karlsruhe 1960, Bd. I, S. 101 ff.
– Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in summum ius, summa injuria, Tübingen 1963, S. 145 ff.
RAISER: Die richterliche Kontrolle von AGB, in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 41, 1968, S. 7 ff.
REBER: Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Dietikon 1975.
REHBINDER M.: Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, Berlin 1967.
– Kaufrecht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Wirtschaft, Berlin 1970.

– AGB und die Kontrolle ihres Inhalts, Berlin 1973.
– Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 1977.
– AGB und Verbraucherschutz, in SJZ *1977* 36ff.
REINHARDT, R.: Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrag, in Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 115ff.
RIPERT: La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1949.
ROSENBERG/SCHWAB: Zivilprozessrecht, 10. A., München 1969.
RÜHL: Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft, Mannheim, Berlin, Leipzig 1931.
RUHLAND: Die Lehren zum Wirksamwerden von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Marburg 1968.
RUMMEL: Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, Wien 1972.
RUSCA: Über das Wesen und die rechtliche Tragweite der AGB der schweizerischen Banken, in WuR *1957* 211ff.
VON SAVIGNY: System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, Berlin 1840.
SCHMIDLIN: Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und schweizerischen Recht, ZSR *89* 225ff.
SCHMIDT-RIMPLER: Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in AcP *1941* 130ff.
– Zum Vertragsproblem, in Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, FS Raiser, Tübingen 1974, S. 1ff.
SCHMIDT-SALZER: Das Recht der AGB und Versicherungsbedingungen, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Bd. 4, Berlin 1967.
– AGB, Formularkontrakte und unter wirtschaftlichem Druck geschlossene Verträge, in NJW *1967* 373ff.
– Rechtsprobleme der Schriftformklauseln, NJW *1968* 1257ff.
– AGB, Schriftenreihe der NJW, Bd. 11, München 1971.
SCHMITT, C.: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934.
SCHLÄPFER, M.: Die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsabschluss nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1937.
SCHLÜNDER, B.: Vereinbarte AGB im Wirtschaftsleben und die Problematik ihrer Inhaltsbegrenzung, Diss. Freiburg i. Br. 1966.
SCHÖNENBERGER/JAEGGI: Kommentar zum OR, Teilbd. V 1a, 3. A., Zürich 1973.
SCHLOSSER/COESTER/GRABA, Kommentar zum Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1977.
SCHREIBER: Die rechtliche Beurteilung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW *1967* 1441ff.
SECRÉTAN: Note sur la portée juridique du silence opposé à une lettre de «confirmation», d'un contrat (ou prétendu contrat), JT *94* (1946) 237ff.
SEBBA: Bedeutung und Wirksamkeit autonomer Vertragsbedingungen im Verkehrsrecht, Leipzig 1931.
SIEBERT: Zur Rechtserneuerung im Schuldrecht, in: DR *1941*, S. 1930ff.
SOERGEL/SIEBERT: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 10. A., Stuttgart 1967.
SONNENBERGER: Verkehrssitten im Schuldvertrag, München 1970.
STAMMLER: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin 1922.
STOCKAR: Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 98, Basel 1971.
STRÄULI/MESSMER: Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976.
VON TUHR: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1, Leipzig 1910; Band II 1, München, Leipzig 1914.
VON TUHR/SIEGWART: Allg. Teil des Schweiz. OR, Bd. I und II, Zürich 1942/44.
VON TUHR/ESCHER: Allg. Teil des Schweiz. OR, Bd. II, Zürich 1974.
VON TUHR/PETER: Allg. Teil des Schweiz. OR, Bd. I/1, Zürich 1974.
ULMER/BRANDNER/HENSEN: AGB-Kommentar, 2. A., Köln 1976.
WANNER: Rechtsnatur und Verbindlichkeit der AGB der schweizerischen Grossbanken, Diss. Zürich 1938.

Weber: Die AGB, Eine rechtliche Gesamtdarstellung, Berlin 1967.
– Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Recht der AGB, in WM *1968* 2 ff.
– Zur gesetzlichen Regelung der AGB, in DB *1974* 1801 ff.
Wolf, M.: Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970.
– Normsetzung durch private Institutionen?, JZ *1973* 229 ff.
Yung, L'interprétation supplétive des contrats, ZBJV *97* (1961) 41 ff.

1. Teil: Begriff und Rechtsnatur der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

1. Kapitel: Begriff und Funktion der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

§ 1 Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Das positive Recht der Schweiz[1] kennt keine Legaldefinition des Begriffes «Allgemeine Geschäftsbedingungen» (AGB). Zwar wird in verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen auf diesen Terminus Bezug genommen[2], ausdrücklich definiert wird er indessen nirgends.

Die einschlägige wissenschaftliche Literatur[3] bezeichnet damit in weitgehend übereinstimmender Weise den Tatbestand von generell[4] und abstrakt[5] formulierten Klauseln, die zum voraus[6] zum Zwecke aufgestellt werden, damit eine unbestimmte Vielzahl[7] künftiger Verträge mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern zu regeln.

Einzelne Autoren messen den Definitionselementen der Allgemeinheit und der Abstraktheit wenig oder gar keine Bedeutung bei. NAEGELI beispielsweise

[1] Das deutsche «Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen» (AGB-Gesetz) vom 9. Dezember 1976 definiert in seinem § 1 die AGB folgendermassen: «Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äusserlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind.»

[2] So etwa in Art. 3 I und 35 VVG; Art. 2 VAG, die von allgemeinen Versicherungsbedingungen sprechen.

[3] Vgl. MERZ, Massenvertrag und AGB, S. 139; NAEGELI, AGB, S. 1f.; JÄGGI, Kommentar zu Art. 1 OR, N 427f., 436; AUER, Richterliche Korrektur, S. 1f.; NORDMANN, Le contrat d'adhésion, S. 3f.; BAUER, Schutz vor AGB, S. 5ff. Für die deutsche Literatur: RAISER, AGB, S. 18f.; SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 27f., mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Ausserdem: SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 3f. Vgl. auch SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 1ff. zu § 1; ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGBG N 1ff. zu § 1; HUHN, AGB, S. 186; STEIN, AGB-Gesetz, S. 54ff.; LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, AGBG, N 1 zu § 1.

[4] D. h. ohne Bezugnahme auf einen individuellen Vertragspartner. Vgl. KELLER, AGB, S. 1; BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, S. 27; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL, HGB, Rd. 70 zu § 346; NORDMANN, Le contrat d'adhesion, S. 29f. BAUER, Schutz vor AGB, S. 6f.

[5] D. h. ohne Bezugnahme auf einen konkret beabsichtigten Vertragsschluss. Vgl. BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, S. 27; KELLER, AGB, S. 1; NORDMANN, Le contrat d'adhésion, S. 29.

[6] Dazu SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 14 zu § 1; MERZ, Contrôle, S. 194, und BAUER, a. a. O., S. 6.

[7] Zum Begriff der Vielzahl: SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 15 zu § 1; ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGBG, N 13 zu § 1; LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, AGBG, N 7ff. zu § 1.

reduziert den spezifischen Unterschied zwischen AGB und anderen Geschäftsbedingungen (im Sinne einer bestehenden Vorstellung einer Partei darüber, welchen Inhalt ein künftig abzuschliessender Vertrag haben soll) darauf, dass AGB von einem Vertragspartner nicht nur für einen einzigen abzuschliessenden Vertrag als Inhalt einer Vertragsabrede vorgesehen werden, sondern dass ein Vertragspartner eine Mehrzahl von Verträgen mit diesem Inhalt abzuschliessen gedenke[8].

Demgegenüber ist jedoch festzuhalten, dass der Unterschied nicht allein in einem solchen rein subjektiven Moment liegt. Der Möbelschreiner, der sich entschliesst, sämtliche von ihm hergestellten Gegenstände unter der Voraussetzung eines Zahlungsziels von einem Monat und unter Einschränkung des gesetzlichen Wandlungsrechtes gemäss Art. 205 I OR zu verkaufen, und der dann auch tatsächlich das Zustandekommen eines Vertrages von der Anerkennung dieser Bedingung abhängen lässt, kontrahiert nicht auf der Grundlage allgemeiner Geschäftsbedingungen.

Zu Recht weist SCHMIDT-SALZER darauf hin, dass unter diesen Umständen die Tatsache der inhaltlichen Identität eine rein quantitative Erscheinung darstellt, die nichts daran ändert, dass für die rechtliche Betrachtung solche Verträge qualitativ einmalig sind[9].

Von AGB lässt sich erst dann sprechen, wenn die Absicht des Verwenders, sie sämtlichen Verträgen zugrunde zu legen, objektiv erkennbar wird. Diese Absicht kann sich in der äusseren Geschlossenheit und eben vor allem in der Abstraktheit und Allgemeinheit der Formulierung manifestieren[10]. Der Auffassung, die diese Eingrenzung ihres Untersuchungsgegenstandes vernachlässigt und beide unterschiedlichen Tatbestände miteinander vermengt, muss sich ein wesentlicher Teil der rechtsgeschäftlichen Problematik der AGB verschliessen[11].

Es wird in der einschlägigen Literatur auch die Meinung vertreten[12], der Begriff der AGB sei vorzubehalten für Tatbestände umfangreicher Normenwerke, die unabhängig vom einzelnen Geschäftsabschluss für alle etwaigen, später ein-

[8] NAEGELI, a.a.O., S. 1f. Ebenso offenbar STOCKAR, Richterliche Korrektur, S. 5 und 84f.: Danach liegt ein Massenvertrag schon dann vor, wenn «ein Kunde ... einer ihm vom Unternehmer vorgelegten Offerte zustimmt, die der Unternehmer bereits früher ganz oder teilweise in gleicher Gestalt anderen Kunden vorgelegt hat, oder die der Unternehmer als Grundlage seiner künftigen Vertragsabschlüsse zu präsentieren gedenkt». Diese Umschreibung geht sehr weit. Zutreffend BAUER, a.a.O., S. 6.

[9] SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 23. Anders das AGB-Gesetz in § 1. Dazu SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 18 zu § 1; LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, AGBG, N 8 zu § 1.

[10] In diesem Sinne ebenfalls WEBER, AGB, N 15.

[11] Unten, S. 126ff; 144ff.

[12] v. BRUNN, Die formularmässigen Bedingungen der deutschen Wirtschaft, S. 20f. Ähnlich offenbar auch SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 29 und die frühere Rechtsprechung des BGH: BGHZ *61* 17, und Betriebs-Berater *70* 1504.

mal erfolgenden Einzelgeschäfte festgelegt werden. Demgegenüber ist auf zweierlei hinzuweisen: Erstens macht nicht ihr Umfang die festgelegten Modalitäten zu AGB[13], sondern die Tatsache, dass sie in genereller und abstrakter Weise erkennbar für alle künftigen gleichartigen Geschäftsabschlüsse vorformuliert werden. Zweitens fehlt es auch an einem praktikablen und innerlich begründeten Abgrenzungskriterium hinsichtlich des Umfanges. In der Rechtspraxis variieren ABG zwischen gedruckten Vermerken auf Vertragsofferten, dass sich die Preise «zahlbar rein netto» verstehen, und überaus umfangreichen, durch Experten formulierte Normenwerken[14]. Anschläge in Geschäftslokalen können sich auf einen einzigen Gegenstand beziehen, etwa auf die zeitliche Einschränkung der Rügefrist, oder aber sie können umfassende Geschäftsbedingungen darstellen, wie man sie etwa bei Banken kennt.

Dazwischen kommen hinsichtlich des Umfangs der AGB sämtliche Abstufungen in Betracht. Hier eine Ausscheidung zu treffen erschiene willkürlich und wäre sachlich nicht zu rechtfertigen[15]. Freilich ist zuzugeben, dass sich die besondere Problematik der AGB so gesehen nicht in allen ihren Verwendungsfällen verwirklicht. Eine einzelne Freizeichnungsklausel bietet gewöhnlich keine Schwierigkeiten der Zurechnung an den rechtsgeschäftlichen Willen des Kunden. Indessen ist diese Tatsache nicht bei der Qualifikation der betreffenden Klausel als AGB von Bedeutung, sondern vielmehr für die Frage, ob die für AGB gefundenen Sondernormen auf den konkreten Fall Anwendung finden sollen[16].

Bisweilen findet anstelle der Bezeichnung AGB auch der Terminus «Standardvertrag» Verwendung[17]. Andere Autoren behalten diesen Begriff für jenen Vertrag vor, der unter Einbezug von AGB zustande gekommen ist[18]. Standardverträge bestehen demnach gemäss dieser Begriffsbestimmung aus AGB einerseits sowie den meist explizit vereinbarten, häufig jedoch zum Teil ebenfalls genormten «essentialia negotii» und allfälligen individuell ausgehandelten «Besonderen Bedingungen» anderseits.

[13] So auch § 1 AGB-Gesetz. Ebenso nun auch SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 8; EMMERICH, Problematik, in: Juristische Schulung 1972, S. 362; LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, N 14 zu § 1 AGBG.

[14] Vgl. OFTINGER, laesio, S. 547f.; v. BRUNN, Vertragsbedingungen, S. 27ff.; HUHN, AGB, S. 193.

[15] So auch SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 8; anders noch *ders.*, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 273. Ebenso LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, AGBG, N 14 zu § 1.

[16] Dem AGB-Gesetz unterstehen auch Kurzbedingungen, wie Anschläge an Garderoben und Gebäuden. Vgl. SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 10 zu § 1; LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, AGBG, N 14 zu § 1.

[17] Vgl. MERZ, Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 139; AUER, Richterliche Korrektur, S. 1. Dazu BAUER, a. a. O., S. 8.

[18] MERZ, a. a. O., S. 139; AUER, Richterliche Korrektur, S. 1; STOCKAR, Richterliche Korrektur, S. 5; NORDMANN, Le contrat d'adhésion, S. 3. Vom contrat d'adhésion (Standardvertrag) unterscheidet NORDMANN die «conditions générales» (AGB).

Dieser Begriffsbestimmung liegt offensichtlich die Vorstellung eines Tatbestandes zugrunde, wo bereits die vom Verwender angebotene Leistung in gewisser Weise typisiert ist, wo demnach der Vertrag mit dem Kunden eines individuellen Gepräges entbehrt und sich bereits die charakteristische Vertragsleistung durch die Massenhaftigkeit ihrer Umsetzung auszeichnet. Dieser Sachverhalt liegt zweifellos bei den meisten Verwendungsfällen von AGB vor: etwa bei der Versicherung eines typischen Risikos beim Versicherungsvertrag oder beim Kauf eines Massenproduktes durch den Verbraucher. Indessen erweisen sich die Situationen, wo die Rechtspraxis sich allgemeiner Geschäftsbedingungen bedient, als so vielgestaltig, dass ihre Zusammenfassung als Standardverträge eine Überdehnung dieses Begriffes bedeuten würde. So kann zum Beispiel bei den meisten Werkverträgen über Bauarbeiten von einer standardisierten Leistung nicht die Rede sein. Hier stehen die jeweils individuell festgelegten Vertragsteile, wie genaue Umschreibung der Leistungspositionen in Plänen und Baubeschrieb, die zeitliche Koordination und die Festsetzung des zu entrichtenden Entgeltes, gegenüber den AGB durchaus im Vordergrund. Die Umschreibung der Hauptleistung, etwa die Errichtung des Rohbaues eines Schulhauses oder der Bau einer Strasse, verleiht hier dem Vertrag trotz Einbeziehung von AGB ein derart individuelles Gepräge, dass es verfehlt wäre, ihn im ganzen als Standardvertrag zu bezeichnen [19].

Zwar finden AGB bei Standard- und Massenverträgen ihre konsequenteste Anwendungsform; ihre Verwendung ist indes nicht auf diese Tatbestände beschränkt.

§ 2 Prototyp der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

I. Zur Methode

Vom soeben erörterten Rechtsbegriff lässt sich ein rechtstatsächlicher Prototyp der AGB unterscheiden [1].

Während der Rechtsbegriff ausschliesslich die Definitionsmerkmale umfasst und daher relativ allgemein und wenig aussagekräftig ist, lässt sich mit der Bestimmung eines Prototyps der Untersuchungsgegenstand in einer bestimmten, als besonders diskussionsbedürftig befundenen Richtung weiter eingrenzen. Auf diese Weise gelingt es, über eine Teilgruppe von AGB, die sich durch eine qualifizierte rechtliche Relevanz auszeichnet, nähere Aussagen zu machen.

[19] Zutreffend hingegen HECHT, ZSR *79* 56. KELLER behält den Terminus Standardvertrag für Fälle vor, wo der Vertrag massgeblich durch AGB festgelegt wird: KELLER, AGB, S. 1. Gegen den Begriff des Formularvertrages auch BÜHLER, SJZ *72* (1976) 2.

[1] Dazu: SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 3f. Zur Beschreibung des wirtschaftlichen Sachverhaltes: RAISER, AGB, S. 15ff., und NORDMANN, Le contrat d'adhésion, S. 45ff.

Diese zusätzlichen Merkmale können jedoch nicht für alle AGB Gültigkeit beanspruchen. Damit ist auch schon gesagt, dass das Verfahren prototypischer Charakterisierung nicht auf die Bestimmung eines Rechtsbegriffes abzielt. Es geht hier vielmehr um die Beschreibung eines rechtstatsächlichen Phänomens.

II. Vereinbarung en bloc

AGB werden typischerweise nicht – und dies unterscheidet sie vom klassischen Individualvertrag – bei jedem Vertragsschluss besonders und in qualitativ einmaliger Weise ausgehandelt, sondern jeweils en bloc[2] entweder durch Voll- oder durch Globalerklärung[3] in die Einzelabrede einbezogen. Von einer Vollerklärung wird dann gesprochen, wenn nicht nur der Verwender, sondern auch der Kunde den Inhalt der AGB vor dem Vertragsabschluss genau kennt und sich über die rechtliche Bedeutung der einzelnen Klauseln volle Rechenschaft gibt. Demgegenüber liegt eine sogenannte Globalerklärung dann vor, wenn der Adherent zwar zu der Geltung der AGB in ihrer Gesamtheit seine Zustimmung erteilt, sich jedoch von ihrem Inhalt keine oder bloss unvollständige Kenntnis verschafft oder doch wenigstens sich von ihrer rechtlichen Tragweite keine angemessene Vorstellung gemacht hat[4]. Um eine Globalerklärung handelt es sich m.a.W. dann, wenn der Rechtsfolgewille sich zwar auf die Übernahme der AGB als Ganzes, nicht aber auf die einzelnen Klauseln bezieht[5].

III. Verheimlichungs- und Verklausulierungseffekte; globale Integration

Da die Vertragsschablonen von ihrer Funktion her die intendierten Rechtsgeschäfte in umfassender Weise regeln sollen und daher für alle irgend erdenklichen Fragen eine Ordnung bereithalten, resultieren daraus zumeist komplexe und umfangreiche Gebilde. Zu denken ist hier namentlich an die AGB von Versicherungen und Banken[6].

[2] MERZ, Massenvertrag ud AGB, S. 138f.; *ders.*, Länderbericht, S. 72; *ders.*, Contrôle, S. 194; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht, S. 97f.; RAISER, AGB, S. 17f.; LEWELLYN, 52 Harvard Law Review 701; BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, S. 28. § 1 AGB-Gesetz nimmt jene AGB, die besonders ausgehandelt worden sind, von seiner Folgenkontrolle aus. AGB werden begrifflich somit aus dem Gegensatz zwischen Massenvertrag und Individualvertrag bestimmt: SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 27 zu § 1.

[3] Zur Terminologie: JÄGGI, N 461 ff. zu Art. 1 OR. Zu der etwas abweichenden Grenzziehung im deutschen Recht vgl. unten, S. 67.

[4] Nach deutscher Auffassung finden die besonderen AGB-Normen auch dann Anwendung, wenn der «Vertragspartner des Verwenders nach Lektüre, Verständnis und gegebenenfalls Empfang mündlicher Erläuterungen und nach reichlicher Überlegung schliesslich den AGB ‚frei' zugestimmt hat». SCHLOSSER/GRABA, N 28 zu § 1.

[5] Im einzelnen unten, S. 66ff.

[6] Vgl. GROSSMANN-DOERTH, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, S. 11: «Schriftliche oder gar mündliche Verträge sind kurz, dagegen bedeutet es für den einzelnen

Dies, sowie die abstrakte Sprache und die ausschliesslich auf den Konfliktfall zugeschnittene Terminologie führen dazu, dass die Verständnismöglichkeit des Durchschnittskunden weitestgehend vernachlässigt wird. Oft ordnen die AGB die in Betracht fallenden Probleme nicht abschliessend, sondern verweisen ihrerseits auf andere allgemeine Geschäftsbedingungen oder Verbandsordnungen. Die dadurch geschaffene Ordnung wird hier für den Kunden vollständig undurchsichtig. Aber auch wenn solche Verweise fehlen, wird in der Fülle der Klauseln die Bedeutung einzelner Bestimmungen oft nicht ohne weiteres erkennbar. Durch das Zusammenspiel der einzelnen Bestimmungen ergeben sich für den Kunden vielfach rechtliche Konsequenzen, deren Tragweite ihm beim Abschluss des Vertrages in aller Regel entgangen ist.[7]. Sie abzuklären würde zumeist eingehendes Studium und kundige Beratung voraussetzen, Bedingungen mithin, die der Normalkunde zu erfüllen eben ausserstande ist und die der wirtschaftlichen Bedeutung der meisten Formularverträge, die zwischen Unternehmern und Durchschnittskunden geschlossen werden, auch gar nicht angemessen wären.

Nicht selten sind derartige Verklausulierungs-[8] und Verheimlichungseffekte weniger auf Rationalisierungsbedürfnisse[9] des Verwenders zurückzuführen als vielmehr auf seine Absicht, dem Kunden eine zuverlässige Einschätzung des vertraglichen Interessenausgleiches zu verunmöglichen[10]. Hier scheint man nach der Devise zu handeln: Je umfangreicher die AGB, desto unwahrscheinlicher, dass der Kunde sie durchliest.

Daraus erhellt, dass AGB im prototypischen Falle, wo sie nämlich erheblichen Umfang aufweisen, meist lediglich mittels Globalverweisung zum Vertragsinhalt erhoben werden[11]. Vollerklärungen, bei denen der ganze AGB-Inhalt vom rechtsgeschäftlichen Willen des Kunden getragen wird, bilden hier

Vertragsschluss, wenn einmal gedruckte Bedingungen zugrunde gelegt werden, keinen Unterschied, ob es sich dabei um einige wenige Klauseln oder um, wie häufig, mehrere engbedruckte Seiten handelt.» Dazu auch HURST, Inwieweit kann Gesetzesrecht durch AGB abbedungen werden?, S. 124; KLIEGE, Rechtsprobleme, S. 21; STOCKAR, Richterliche Korrektur, S. 13; NORDMANN, Le contrat d'adhésion, S. 29. Eingehend BAUER, Der Schutz vor AGB, S. 15ff. Sehr eindrucksvoll ist in diesem Zusammenhang die Schilderung der Rechtslage bei der Sammelverwahrung von Wertschriften bei ETTER, Sammelverwahrung, S. 103ff.

[7] Vgl. GROSSMANN-DOERTH, a. a. O., S. 8ff.; KLIEGE, a. a. O., S. 19, spricht von einer «heimtückischen Eigenart» der AGB. Vgl. auch OFTINGER, laesio, S. 547f. HUHN, AGB, S. 197; NORDMANN, Le contrat d'adhésion, S. 29; BAUER, a. a. O., S. 17.

[8] Beispiele bei KLIEGE, a. a. O., S. 21f.

[9] WEBER, AGB, S. 228. Das Rationalisierungsargument vermag nicht die einseitige Ausgestaltung des AGB-Inhaltes zu rechtfertigen. ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht, S. 100.

[10] Beispiele einseitig orientierter Interessendurchsetzung durch AGB von Reisebüros: REHBINDER, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhaltes, S. 26ff. Vgl. auch KLIEGE, Rechtsprobleme, S. 28ff., und FORSTMOSER, Rechtsprobleme, S. 24ff.; EMMERICH, Die Problematik der AGB, S. 362; BAUER, a. a. O., S. 14f.

[11] SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 162. Weitere Nachweise unten, S. 21 und 126.

durchaus den selteneren Fall. Bemerkenswert ist die Tatsache, dass der Inhalt von AGB auch von solchen Teilnehmern am Rechtsverkehr sehr oft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt zur Kenntnis genommen wird, die sich professionell mit dem Abschluss von Verträgen befassen, wie etwa Bauhandwerker [12], die mit Generalunternehmern kontrahieren, die eigene AGB verwenden. Damit wird selbstverständlich nicht behauptet, dass AGB überhaupt nie gelesen und verstanden werden. Immerhin sind Vollerklärungen generell nur bei Unternehmern vorauszusetzen, die kaufmännisch besonders gewandt sind oder die über eine kundige Rechtsberatung verfügen. Im übrigen können Vollerklärungen realistischerweise nicht vermutet, sondern nur dann angenommen werden, wenn triftige Gründe das Gegenteil ausschliessen [13]. Dies muss selbst dann gelten, wenn der Kunde die AGB oder eine Verweisungsklausel des Inhaltes unterschreibt, er habe ein Exemplar der AGB des Verwenders erhalten und von dessen Inhalt Kenntnis genommen [14].

Nicht beigepflichtet werden kann daher NAEGELI, wenn er die Vermutung einer Globalerklärung vorbehalten will für Fälle, wo dem Kunden die die AGB enthaltende Urkunde entweder überhaupt nicht oder dann erst nach Abschluss der Vertragsverhandlungen, unmittelbar vor dem Moment des Vertragsabschlusses, zur Unterzeichnung vorgelegt werden [15]. Es ist eine Tatsache, die unabweisbar und denn auch häufig konstatiert worden ist [16], dass die allermeisten Einbeziehungserklärungen global erteilt werden. Nicht selten wird der Nachläs-

[12] Vgl. REBER, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, S. 23.

[13] Ebenso JÄGGI, a. a. O., N 468 zu Art. 1 OR. Zur prozessualen Bedeutung dieser Aussage: unten S. 67 f.

[14] JÄGGI, a. a. O., N 468 zu Art. 1 OR. Analog zum AGBG: LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, AGBG, N 31 zu § 1: Der Verwender kann nicht durch eine Bestätigungsklausel die Beweislast dafür umkehren, dass die vereinbarten AGB ausgehandelt worden sind.

[15] NAEGELI, AGB, S. 137 ff., insbesonders S. 141 f. Dagegen sei die Globalerklärung als solche für den Verwender nicht erkennbar, wo dieser die AGB dem Kunden zu Beginn der Vertragsverhandlungen, die sich über eine gewisse Dauer erstrecken, oder schon anlässlich seiner «Einladung zur Offertstellung» durch den Kunden überreichte. In solchen Fällen sowie wenn der Kunde unter Bezugnahme auf Kataloge, Plakate, Zeitungsinserate oder Geschäftsempfehlungsschreiben bestelle, sei die Einbeziehungserklärung des Kunden «kaum je als Blanketterklärung aufzufassen, da ja eben der Kunde das die AGB enthaltende Schriftstück, auf welches Bezug genommen wird, vor dem Vertragsschluss in Händen hatte und daher die in ihm enthaltenen Bedingungen in aller Musse zur Kenntnis nehmen konnte». NAEGELI geht so weit, den bloss global erklärenden Kunden mit einem Fussgänger zu vergleichen, der eine Strasse überquere, ohne sich zu vergewissern, ob sie frei sei, und sagt, dies sei ein so ausgefallenes Verhalten, dass der Verwender damit überhaupt nicht rechnen müsse. Diese Auffassung zielt an der Wirklichkeit zweifellos vorbei.

[16] FORSTMOSER, Rechtsprobleme, S. 13; AUER, Die richterliche Korrektur, S. 50; WANNER, Rechtsnatur und Verbindlichkeit der AGB der schweizerischen Grossbanken, S. 52; PATRY, Les contrats d'adhésion comme source de droit, ZBJV *91*bis (1955) 374; NORDMANN, Le contrat d'adhésion, S. 29; KRAUSE, AGB und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, Betriebs-Berater *1955* 265 f.; MEESKE, Die Unterwerfung unter AGB, Betriebsberater *1959* 860; RAISER, AGB, S. 19; BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, S. 56; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht, S. 102; EMMERICH, Die Problematik der AGB, S. 361; HUHN, AGB, S. 197 f.; Appellationsgericht Basel-Stadt, BJM *1971* 185; BAUER, Schutz vor AGB, S. 15 ff.; LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, AGBG, N 3 zu § 2.

sigkeit des Publikums durch die Verwender bzw. durch deren Vertreter kräftig nachgeholfen, indem diese bewusst die Bedeutung der AGB als nebensächlich herunterspielen[17].

Als Folgerung kann festgestellt werden: Die meisten Kunden lesen die ihnen vorgelegten AGB entweder überhaupt nicht durch[18], oder sie machen sich inadäquate Vorstellungen von der Tragweite ihres Inhaltes. Dies führt dazu, dass die Chance des Verwenders, seine AGB beim Vertragsschluss mit dem Kunden als Bestandteil der Abrede durchzusetzen, nicht unbedingt von seiner Marktmacht abhängt. Entgegen einzelnen in der Literatur geäusserten Ansichten lässt sich daher das Problem der AGB nicht auf das Thema der Machtinäquivalenz reduzieren[19]. Oft sind es gerade die kleinen, relativ unbedeutenden und machtmässig kaum potenten Marktteilnehmer, die der öffentlichen Kritik weniger ausgesetzt sind, welche sich durch die aggressivsten AGB hervortun[20].

[17] Folgende Begebenheit mag die Einschätzung der Bedeutung der AGB durch weite Kreise der juristisch nicht vorbelasteten Bevölkerung illustrieren:

Ich habe mich von den Vertretern von vier verschiedenen Versicherungsgesellschaften über den Abschluss einer Haushaltversicherung beraten lassen. Trotz Art. 3 I VVG, wonach allgemeine Versicherungsbedingungen entweder in den vom Versicherer ausgegebenen Antragschein aufgenommen oder dem Antragsteller vor Einreichung des Antragscheines übergeben werden müssen, wurden in drei der vier Fälle der Antragschein vollständig ausgefüllt und mir zur Unterschrift vorgelegt, ohne dass mir vorher ein Exemplar der AGB überreicht worden wäre. Einer dieser drei Vertreter zeigte sich völlig verständnislos, als ich ihm erklärte, ich werde den Antrag nicht unterschreiben, bevor ich die allgemeinen Versicherungsbedingungen eingesehen habe. Er wies darauf hin, dass diese Bedingungen «rund zwanzig Seiten stark» seien (was nicht stimmte), dass nur etwa ein bis zwei Antragsteller von hundert die AGB verlangten und dass die übrigen die Anträge unterschreiben im Vertrauen darauf, dass ihr Inhalt nichts Unangemessenes enthalte. Als ich dennoch auf der Vorlegung der AGB beharrte mit dem Argument, dass ich nichts unterschreibe, was ich nicht vorher durchgelesen habe, erwies es sich, dass der Vertreter zwar eine Menge Antragscheine, aber kein einziges Exemplar der Versicherungsbedingungen bei sich hatte. Als ich auch dann nicht unterschrieb, als er den ob so wenig persönlichen Vertrauens Pikierten zu spielen begann, stellte er recht bockig fest, ich müsse wohl von Natur aus ein ungewöhnlich misstrauischer Mensch sein. Anzufügen bleibt, dass auf jedem Antragsformular eine vorgedruckte Klausel steht, wonach der Antragsteller bestätigt, ein Exemplar der AGB erhalten zu haben.

[18] Hiezu das Diskussionsvotum, das Oberlandesgerichtsrat Egon Stolt am 41. deutschen Juristentag gehalten hat: «Sobald man (mit den AGB) befasst wird, und zwar gerade auch als Richter der unteren Instanzen, sieht man mit einemmal, wie ein ausgeklügeltes System, das sicherlich seine Berechtigung hat, auf einen davon Betroffenen einwirkt, der einfach überrascht wird. Denn der Mann, der da in aller Eile einen Bestellschein unterschrieben hat, schämt sich einzugestehen, dass er diese Geschäftsbedingungen überhaupt nicht versteht; dass er sie nicht verstehen kann, das weiss er nicht. Wenn wir Juristen einen Bestellschein unterschreiben, dann kneifen wir doch auch beide Augen zu und denken, es wird schon gut gehen. Eines Tages aber ist der Normalverbraucher den AGB ausgeliefert... hie Allgemeine Geschäftsbedingungen eines sehr gut beratenen Verbandes und hie der einzelne Verbraucher...» Publiziert in: Verhandlungen des 41. Juristentages 1950, Bd. II E «Streitgespräch».

[19] Die deutschen Gerichte haben denn die Anwendung der Sondergrundsätze für AGB auch nicht von einer wesentlichen Verschiedenheit der wirtschaftlichen Machtverhältnisse abhängig gemacht.

[20] Vgl. die eindrucksvolle Schilderung des OLG Düsseldorf in einem Urteil vom 28. Januar 1972: Der Kunde wird «in den hier in Rede stehenden Fällen genötigt, den Inhalt des abzuschliessenden Vertrages allein an Hand des ihm vorgelegten schriftlichen Textes zu erfassen, und dies nicht selten in Gegenwart eines mehr oder weniger ungeduldigen Vertragspartners, dem der Vertragswortlaut bestens vertraut ist. Der Wirkungsmechanismus dieser Situation darf nicht unterschätzt

Daraus ergibt sich, dass AGB-Verträge sich prototypisch der Kontrolle durch die jeweiligen Kunden hinsichtlich ihrer Nebenpunkte entziehen. Sie bleiben faktisch zumeist der einseitigen Festlegung durch die Verwender vorbehalten. Dies ist eine Tatsache, die niemandem klarer erkennbar ist als den Verwendern selber. Abgesehen vom Prozessfalle, wird sie von ihnen auch gar nicht ernstlich in Abrede gestellt.

§ 3 Zur Terminologie

Abschliessend ist noch eine weitere terminologische Frage zu klären: Es hat sich im wissenschaftlichen Schrifttum zum Recht der AGB eingebürgert, von jener Partei, die die AGB zum Vertragsbestandteil erheben will, als vom Unternehmer zu sprechen. Diese Bezeichnung ist jedoch insofern etwas unpräzise, als sie nicht auf sämtliche Einbeziehungstatbestände zutrifft. Bereits MÜLLEREISERT [1] hat Beispiele vorgelegt, wo es nicht die Lieferanten, sondern marktmächtige Abnehmer waren, die ihrer Gegenpartei durch besondere «Einkaufskonditionen» die Vertragsnebenbedingungen vorzuschreiben pflegten [2]. Der Begriff Unternehmer vermag demnach nur einen, wenngleich sehr wichtigen Sonderfall der Verwendung von AGB befriedigend zu kennzeichnen. Seine Verwendung erscheint mir daher ungeeignet.

Ebenso ungenau ist es, von «Offerent» und «Akzeptant» zu sprechen [3], da die Stellung der Parteien beim Vertragsschluss von Zufälligkeiten der organisatorischen Ausgestaltung abhängt und nicht ohne weiteres mit der tatsächlichen Initiative zur Einbeziehung der AGB übereinzustimmen braucht. So tritt z. B. der Versicherungsnehmer regelmässig formell als Offerent des Versicherungsvertrages auf, obschon gewiss nicht er es ist, der das Zustandekommen des Vertrages von der Einbeziehung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen abhängig macht.

werden. Für den Durchschnittsbürger ist es ungleich schwieriger, die Bedeutung und Tragweite eines schriftlich abgefassten, ihm lediglich zur Durchsicht vorgelegten Vertragstextes zu erfassen, als die des gesprochenen Wortes ... Allein das Vorhandensein des fertigen Textes verleitet zur Flüchtigkeit und Kritiklosigkeit. Dies und die vielfach anzutreffende, im allgemeinen Geltungsstreben wurzelnde Scheu, gegebene oder vermeintliche eigene Unzulänglichkeiten zu offenbaren, verleiten dazu, den vorgelegten Vertragstext hinzunehmen, ohne die Mühe aufzuwenden, ohne die Zeit in Anspruch zu nehmen und ohne die Aufklärung zu verlangen, die zur Erfassung von Bedeutung und Tragweite der Erklärung notwendig wären.» Wertpapier-Mitteilungen *1972* 813.

[1] MÜLLEREISERT, Allgemeine Lieferbedingungen der Industrie und des Handwerks, Nrn. 106–113.

[2] Beispiele für allgemeine Einkaufsbedingungen aus der heutigen schweizerischen Rechtspraxis: KELLER, Allgemeine Geschäftsbedingungen. Für die Bundesrepublik Deutschland: REHBINDER, Das Kaufrecht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Wirtschaft, S. 28, 43, 66, 77, 118, 127, 173, 196f., 229.

[3] So aber HECHT, ZSR *79* 53ff.

Es ist daher aus Gründen terminologischer Klarheit und Präzision vorzuziehen, den «Unternehmer» in Anlehnung an die Ausdrucksweise des deutschen AGB-Gesetzes als «Verwender» zu bezeichnen. Sein Vertragspartner soll hier mit BAUER [4] «Kunde» genannt werden.

2. Kapitel: Die Rechtsnatur der AGB

1. Abschnitt: Historische Entwicklung

§ 4 Überblick

Logische Voraussetzung einer dogmatischen Bewältigung der Frage nach den Gültigkeitsbedingungen der AGB muss die Klärung ihrer Rechtsnatur bilden. Die Frage nach der Rechtsnatur der AGB ist die Frage nach ihrer Gültigkeit [1]. Die Beantwortung der ersten ist entscheidend für die zweite. Dies hat man nicht immer gebührend gewürdigt. Käme man mit dem späten Reichsgericht [2] und insbesondere mit dem ehemaligen Berliner Kammergericht [3] zum Schluss, AGB seien infolge ihrer generell-abstrakten Formulierung oder wegen ihrer «Nähe zum objektiven Recht» [4] Rechtsnormen, so wäre eine besondere vertragliche Aufnahme in das zwischenparteiliche Rechtsverhältnis nicht mehr nötig. Denn als objektives Recht wären sie vom Willen der Vertragsparteien unabhängig. Schliesslich hängt die Frage, welche Auslegungsgrundsätze man auf die AGB anwenden will, massgebend davon ab, ob man sie als vertraglich gesetztes Recht oder als objektive Normen qualifiziere.

Eingeleitet wurde die wissenschaftliche Diskussion der rechtlichen Qualifikation der AGB nach dem Ersten Weltkrieg durch eine im Jahre 1923 erschienene Untersuchung von Alfred HUECK über «Normenverträge» [5]. Bis dahin hatte die «communis opinio» sowohl in Doktrin als auch in der Rechtsprechung an der rein vertraglichen Natur der AGB keinerlei ernsthafte Zweifel angemeldet, wiewohl in manchen Urteilen des Reichsgerichtes mit der Bezeichnung der AGB als «lex contractus» mitunter ein gewisses Unbehagen ob des bloss konsensualen

[4] BAUER, Schutz vor AGB.

[1] Ebenso FIKENTSCHER, Schuldrecht, 5. A., S. 101; HELM, Normative Theorie, S. 126 f.

[2] DR *41* 1210; RGZ *170* 240 *171* 43. Vgl. auch unten, S. 40 ff.

[3] Süddeutsche Juristenzeitung *50* 666; MDR *50* 286. Dazu unten, S. 43.

[4] RAISER, AGB, S. 61; MÖLLER, Festschrift Laun, S. 319. GROSSMANN-DOERTH spricht von «selbstgeschaffenem Recht der Wirtschaft», FRITZ WERNER von «wirtschaftsautonomen Rechtsgestaltungen»: Versicherungsrecht *1965* 725 ff.

[5] HUECK, Normenverträge, Jherings Jahrbücher *73* 33 ff.

Geltungsgrundes angedeutet wurde. Ausserdem waren damals schon Tendenzen in der Rechtsprechung erkennbar, wonach der subjektive Vertragswille der Kunden zugunsten objektiver Umstände des Vertragsschlusses zusehends vernachlässigt wurde[6].

Liess HUECK in der genannten Abhandlung noch keine Zweifel daran bestehen, dass auch er die «Normen» der AGB keinesfalls als Rechtsnormen des objektiven Rechts, sondern als Inhalt vertraglicher Vereinbarung[7] verstanden wissen wollte, so bahnte sich bei den ihm folgenden Autoren unter dem Einfluss soziologischer Betrachtungsweisen schon bald eine unverkennbare Hinwendung zu objektiven Konstruktionen an. Diese Tendenz befand sich indessen durchaus in materieller Übereinstimmung mit der Entwicklung der Rechtsprechung, die, wie erwähnt, eine rechtsgeschäftliche Verweisungserklärung des Kunden je länger, desto mehr nur noch fingierte. Deshalb bedeutete dann das berühmte Urteil des 7. Zivilsenates des Reichsgerichtes vom 31. Januar 1941[8], worin das Gericht die AGB als eine «fertig bereitliegende Rechtsordnung» bezeichnete, im Ergebnis keine so grosse Zäsur mehr, wie man auf den ersten Blick annehmen möchte[9].

Diese Rechtsprechung des späten Reichsgerichtes wurde nach 1945 von der Mehrheit der Gerichte übernommen. Die gleiche Auffassung wurde zunächst vom BGH geteilt[10] – unter wachsender Kritik in der Literatur. Bereits nach kurzer Zeit jedoch kehrte der Bundesgerichtshof zur Ansicht des Reichsgerichtes vor 1941 zurück, wonach AGB nicht Rechtsnormen, sondern Vertragsrecht sind.

Im folgenden soll die Entwicklung der Lehren von der Rechtsnatur in ihrem historischen Ablauf kurz nachgezeichnet und gewürdigt werden. Dies weniger deshalb, weil es sich für eine wissenschaftliche Abhandlung gebührt, ihr Thema auch in historischer Dimension aufzuzeigen, als vielmehr aus dem Grunde, weil eine geschichtliche Darstellung in vorzüglicher Weise geeignet erscheint, das Verständnis für die besondere Problematik des Untersuchungsgegenstandes zu fördern und die heute gültigen Ergebnisse als Momente einer historischen Entwicklung verständlich zu machen[11].

In diesem Überblick soll vor allem auch die Entwicklung, die die Lehre zur Rechtsnatur der AGB in unserem nördlichen Nachbarland erfahren hat, mit-

[6] Vgl. unten, S. 28ff.
[7] HUECK, a. a. O., S. 48, 62.
[8] DR *1941* 1212.
[9] RUHLAND, Die Lehre zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 32. Diese Tatsache wird von NÖRR, Rechtsnatur, S. 16, zu wenig berücksichtigt, wenn er von dem Urteil des Reichsgerichtes als von einem «umwälzenden Einbruch» spricht.
[10] BGHZ *1* 83ff. Dazu: LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, AGBG, N 4 zu § 2.
[11] Zur Bedeutung der Aufarbeitung früherer dogmatischer Anschauungen für die Analyse des aktuellen Rechtszustandes: SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 1 zu § 2.

einbezogen werden: Es kann heute nämlich das Problem der AGB sinnvoll nicht mehr diskutiert werden, ohne zu berücksichtigen, was die Rechtswissenschaft in Deutschland dazu erarbeitet hat. Da – wie oben angedeutet – die Entwicklung der Rechtsprechung zum Wirksamwerden von AGB mannigfache Auswirkungen auf die entsprechende Theorie ausübte, ist es unumgänglich, auch die Judikatur in die vorliegende Zusammenfassung einzubeziehen. Die Gesamtentwicklung ist in ihren interdependenten Zusammenhängen aufzuzeigen.

Vorauszuschicken ist die Tatsache, dass es an schweizerischen Urteilen, die sich mit der Verbindlichkeit der AGB befassen, weitgehend fehlt. Dieser in der Literatur häufig beklagte Umstand ist darauf zurückzuführen, dass die AGB verwendenden Unternehmen mit Rücksicht auf die psychologischen Auswirkungen auf die Kundschaft es oft scheuen, in nicht ganz klaren und eindeutigen Fällen den Rechtsweg zu beschreiten[12], und es daher vorziehen, den Kampf ums Recht am grünen Tisch auszutragen. Den Kunden andererseits wird ebenfalls kaum daran gelegen sein, das Risiko einer gerichtlichen Abklärung der Anwendbarkeit der ihnen meist sehr unvorteilhaften AGB auf sich zu nehmen. Auch sie werden sich daher in den allermeisten Fällen mit dem auf dem Verhandlungswege erreichbaren Wenigen zufrieden geben, um nicht Gefahr zu laufen, in einer Auseinandersetzung vor Gericht alles zu verlieren. Immerhin ist es bedauerlich, dass viele Fragen im Zusammenhang mit der Einbeziehung und der Geltung von AGB nicht durch richterliche Autorität entschieden werden können und dass demzufolge in manchen Punkten eine gewisse Rechtsunsicherheit spürbar bleibt.

§ 5 Die Geltung von AGB vor 1900

I. Das Geltungsproblem in der Lehre

A. Die deutsche Lehre

Als erste umfassende Abhandlung über AGB ist die im Jahre 1861 in Deutschland erschienene Arbeit von L. Goldschmidt über die Haftpflicht der Eisenbahnverwaltungen im Güterverkehr[1] hervorzuheben. Goldschmidt setzte sich hier mit den Reglementen der damals noch überwiegend privaten Eisenbahngesellschaften auseinander und beschäftigte sich insbesondere mit

[12] Vgl. Rusca, Rechtliche Tragweite der AGB der schweizerischen Banken, S. 215.

[1] Levin Goldschmidt, Die Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen im Güterverkehr, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht *4* (1861) 569 ff.

der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Eisenbahnunternehmen mittels ihrer Reglemente die ihnen kraft dispositiven Gesetzesrechts[2] oder kraft gemeinen Rechts obliegende Haftpflicht abändern konnten.

GOLDSCHMIDT erblickt in den Reglementen weder Gesetze noch Verträge, ja nicht einmal Vertragspropositionen in dem Sinne, dass durch ihre Annahme ein perfekter Vertrag entstehen würde[3]. Vielmehr handle es sich lediglich um eine Erklärung der Bedingungen, unter welchen die Bahnverwaltungen Frachtverträge einzugehen gewillt seien, um eine Erklärung darüber also, was «lex contractus» künftiger Einzelverträge bilden solle. Die Reglemente stehen nach der von GOLDSCHMIDT geäusserten Meinung auf einer Stufe mit Versicherungsprospekten oder mit Aufforderungen zum Zeichnen von Aktien. Die wirkliche Offerte zum konkreten Vertragsschluss habe indessen vom Kunden auszugehen. Erst durch ihre Annahme durch die Bahnverwaltung komme der Vertrag zustande. Die von den Eisenbahngesellschaften in den Reglementen niedergelegten Bedingungen erlangen dann Verbindlichkeit, wenn erstens der «Transportat» seine Offerte «im Gemässheit des Reglementes» gestellt habe und sie von der Gegenpartei in dieser Form angenommen worden sei.

Unproblematisch waren für GOLDSCHMIDT daher all jene Fälle[4], wo der Kunde einen Frachtbrief unterzeichnet hatte, der eine ausdrückliche Verweisung auf das Reglement enthielt. Hier traf er eine Feststellung, die bis heute[5] zum festen Bestand des AGB-Rechtes gehört: Der Absender könne sich, wenn er eine Verweisungserklärung unterzeichnet hat, nicht darauf berufen, er habe den Inhalt des Reglementes nicht gekannt. Das Reglement sei ihm daher so zuzurechnen, wie wenn es Punkt für Punkt von seinem Willen getragen gewesen wäre.

Heikler erschien GOLDSCHMIDT die Beurteilung der Rechtslage erst dort, wo – wie regelmässig bei der Personenbeförderung – die Offerte des Kunden keinen ausdrücklichen Verweis auf das Transportreglement enthielt.

Hier dürfe eine stillschweigende Verweisungserklärung nur dann angenommen werden, wenn der Reisende vom Reglement faktische Kenntnis gehabt hat[6]. Unbeachtlich war für GOLDSCHMIDT demnach, ob der Kunde nach den Umständen beurteilt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gerade an die AGB gedacht hat und sie daher auch wollte. Aus der Tatsache, dass er die Transportbe-

2 Preussisches Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838.

3 GOLDSCHMIDT, a. a. O., S. 594.

4 GOLDSCHMIDT, ZHR *4* (1861) 569 ff.

5 BGE *87* II 237; OFTINGER, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde, S. 266 bei N 14; FORSTMOSER, AGB und ihre Bedeutung im Bankverkehr, S. 16 f.; AUER, Richterliche Korrektur, S. 13 f.; KLEINER, AGB der Banken, S. 10. Für Deutschland: STAUDINGER/COING, BGB, N 48 zu § 119; RAISER, AGB, S. 170. Dieser Grundsatz liegt – von Ausnahmen durchbrochen – auch dem AGB-Gesetz vom 15. Dezember 1976 zugrunde.

6 GOLDSCHMIDT, ZHR *4* (1861) 599.

dingungen überhaupt gekannt hat, wird auf einen aktuellen rechtsgeschäftlichen Willen geschlossen.

Immerhin galt ihm Unkenntnis des Reglements noch nicht gleich einer – als solcher unbeachtlichen – «ignorantia iuris». Grundsätzlich [7] sei es daher Sache des Verwenders, dem andern die tatsächliche Kenntnis des Reglements zu vermitteln [8]. Reglemente seien daher auf eine Art und Weise kundzutun, die jeden potentiellen Vertragsschliessenden auf ihre Existenz hinweise und die eine Kenntnisnahme schon vor der Offertstellung ermögliche [9]. Als solche Kundmachung genüge ein offenkundiger, unmittelbar in die Augen fallender, deutlich und ohne Mühe lesbarer Anschlag in einer Lokalität, in der sich der Kunde vor dem Vertragsschluss aufhalte. Unzureichend sei demgegenüber eine blosse Publikation in Amtsblättern oder andern Zeitungen.

B. Die schweizerische Lehre

Für das schweizerische Recht findet sich für diese Zeit noch keine Literatur, die sich eingehender mit der Frage der Wirksamkeit von AGB auseinandersetzt. Es fehlte hier zum vornherein an einer Problemstellung, die sich für Deutschland als fruchtbar erwies: Die Anwendbarkeit der Eisenbahntransportreglemente – in Deutschland kontrovers – war in der Schweiz schon sehr früh durch Bundesratsbeschluss geregelt. Bereits das durch die Vereinigung Schweizerischer Eisenbahnverwaltungen und dem Zentralkommitee des schweizerischen Handels- und Industrievereins ausgearbeitete und am 9. Juni 1876 durch den Bundesrat genehmigte Transportreglement der schweizerischen Eisenbahnen sah in seinem § 1 eine unwiderlegbare Rechtsvermutung vor, wonach von jedem Bahnbenützer Kenntnis und Anerkennung des Reglementes angenommen wurde.

II. Das Geltungsproblem in der Rechtsprechung

A. Die deutsche Rechtsprechung

Die deutschen Gerichte zeigten sich von Anfang an den AGB freundlicher als das entsprechende Schrifttum. Hatte GOLDSCHMIDT in seinem erwähnten Aufsatz [10] noch eine Bekanntmachung der Reglemente verlangt, die nach ihrer Art

[7] Abgesehen von rein technischen Reglementsbestimmungen, die sich notwendig aus der Natur des Eisenbahnbetriebes ergeben und nach denen sich der Kunde selber erkundigen müsse: GOLDSCHMIDT, ZHR *4* (1861) 599.

[8] GOLDSCHMIDT, ZHR *4* (1861) 598.

[9] GOLDSCHMIDT, ZHR *4* (1861) 600.

[10] Zeitschrift für gesamtes Handelsrecht *4* 569 ff.

und Weise eine Kenntnisnahme durch den Kunden vor Abschluss des Vertrages gewährleisten sollte, so schwächte die in der Rechtsprechung feststellbare Haupttendenz die Anforderungen an die Kenntnisgabe der AGB durch den Verwender zusehends ab. Statt dessen erfuhren die Tatbestände eine zunehmende Ausdehnung, wo der Kunde sich kraft Treu und Glauben die Bedingungen entgegenhalten lassen musste[11]. Seine Willenserklärung wurde in einer Weise verobjektiviert, dass das Resultat regelmässig nicht mehr dem subjektiven Geschäftswillen des Kunden entsprach[12]. Während GOLDSCHMIDT[13] noch streng zwischen einer «ignorantia facti» und einer (unbeachtlichen) «ignorantia iuris» unterschieden und die Unkenntnis von Reglementen als eine solche über Tatsachen qualifiziert hatte, so begann sich diese Erkenntnis in der Rechtsprechung im Ergebnis bald zu verwischen[14].

Diese Tendenz wurde bereits im ersten Urteil des Reichsgerichtes vom 8. Dezember 1883[15] deutlich. Da dieses Urteil für die spätere Rechtsprechung richtungsweisend wurde, rechtfertigt es sich, auf die Entscheidungsgründe etwas näher einzutreten:

In dem dem Urteil zugrunde liegenden Fall hatte ein Reeder sämtlichen am betreffenden Orte ansässigen Kaufleuten einen Prospekt mit seinen AGB zugehen lassen. Der Kunde hatte im vorliegenden Fall den AGB nicht widersprochen, aber sie auch nicht zur Kenntnis genommen, so dass er deren Existenz und Inhalt auch nicht kannte. Die Berufung auf diese Unkenntnis wurde ihm indessen durch das Reichsgericht verwehrt, und zwar aufgrund der folgenden Überlegungen: Die Auffassung, der Tatsache des Zugehens eines Prospektes folge noch nicht dessen Kenntnisnahme, verstosse gegen Treu und Glauben und gegen Art. 479 HGB[16], wonach in bezug auf die Bedeutung und Wirkungen von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche zu berücksichtigen sind. Es sei nämlich im Handelsverkehr in gewissen Geschäftsbranchen notorisch gebräuchlich, dass die Unternehmer im voraus öffentlich oder doch den beteiligten Geschäftsleuten

[11] Vgl. z. B. Zeitschrift für gesamtes Handelsrecht *12* 599. Hier hatte das Handelsgericht Frankenthal mit folgender Begründung die Bindung des Kunden an ein Eisenbahnreglement bejaht: Es sei allgemein bekannt, dass Eisenbahnen ihre Vertragsbedingungen in Reglementen niederlegten. Der Benützer einer Eisenbahn müsse daher wissen, unter welchen Bedingungen diese kontrahieren. Eine Berufung des Kunden auf die Unkenntnis verdiene keinen Schutz, da er diese seiner eigenen groben Nachlässigkeit zu verdanken habe.

[12] Dies wird von MEESKE nicht genügend beachtet, wenn er schreibt, die ältere reichsgerichtliche Praxis habe die Allgemeinen Geschäftsbedingungen noch als harmlose «lex contractus» behandelt. Entgegen seiner Ansicht lässt sich eine Vernachlässigung des Willens des Kunden nicht erst in der Praxis der zwanziger Jahre nachweisen. MEESKE, Die Unterwerfung unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, Betriebs-Berater *1959* 857.

[13] GOLDSCHMIDT, a. a. O., S. 598.

[14] Darüber RAISER, AGB, S. 160 f.

[15] RGZ *13* 68 ff., 73 ff.

[16] Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, entspricht dem § 346 HGB vom 10. Mai 1897.

die näheren Bestimmungen bekanntmachen, unter welchen sie ihre Geschäfte abzuschliessen bereit seien. Dies könne von den Adressaten nur so verstanden werden, dass die von ihnen mit dem betreffenden Unternehmer abgeschlossenen Verträge gemäss der im voraus aufgestellten Bestimmungen gelten sollten. Daraus ergebe sich jedoch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben für sie die Verpflichtung, sich mit dem Inhalt der ihnen mitgeteilten Vertragspositionen vertraut zu machen und ihn zu beachten. Denn sie hätten davon auszugehen, dass dies von der Gegenseite erwartet werde. Es gehöre nämlich zu der von jedem Kaufmanne bei der Betreibung seiner Geschäfte vorauszusetzenden Sorgfalt, die ihm gemachten generellen und speziellen Vertragspropositionen zu prüfen. Komme es darnach zum Vertragsschlusse, so müsse der Kunde die ihm hinsichtlich des Inhaltes solcher Geschäfte proponierten Bestimmungen als bekannte und von ihm gewollte «lex contractus» gelten lassen. Denn bei einer gegenteiligen Absicht würde er dolos handeln, und auf sein arglistiges Verhalten könne er sich nicht berufen.

Das Reichsgericht lässt es auffallenderweise an einer einlässlichen Begründung dafür fehlen, weshalb der Erklärung des Kunden nach Treu und Glauben eine Bedeutung beigemessen werden kann, die üblicherweise – und hievon wäre bei der objektivierenden Auslegung der Willenserklärung auszugehen[17] – seinem Geschäftswillen nicht entspricht. Das Gericht beruft sich auf eine Sitte, wonach Unternehmer ihre AGB generell veröffentlichen; es behauptet indessen zu Recht nicht die Existenz einer kongruenten Übung auf seiten der Kundschaft, wonach diese solche generellen Bekanntmachungen tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen pflege. Ein solcher Brauch wäre aber beim Fehlen tatsächlicher Kenntnis der AGB durch den Kunden minimale Voraussetzung dafür, dass der Verwender einen Offertwillen «in Gemässheit der von ihm aufgestellten Bestimmungen» voraussetzen durfte. Muss nämlich der Verwender annehmen, die Kundgabe seiner AGB könnte dem Kunden entgangen sein oder dieser könnte sich ihrer infolge des zeitlichen Abstandes zwischen Kenntnisnahme und Vertragsabschluss nicht mehr bewusst sein, so ist er nicht berechtigt, von der Annahme auszugehen, der Kunde wolle mit der Abgabe einer vorbehaltlosen Vertragserklärung stillschweigend auch die AGB in den Vertrag miteinbeziehen. Muss der Verwender bei objektiver Bewertung erkennen, dass die Geltung seiner AGB vom rechtsgeschäftlichen Willen der Gegenpartei nicht getragen wird, fehlt es an einer rechtsgültigen Einbeziehungserklärung.

In einem Urteil vom 20. Dezember 1897 entschied der VII. Senat des Reichsgerichtes: Es ist eine stillschweigende Unterwerfung des Strassenbahnbenützers

[17] Flume, Rechtsgeschäft, S. 291 ff.

beim Betreten der Bahn anzunehmen; weder Veröffentlichung noch Inhalt der Bedingungen spielen eine Rolle[18].

B. Die schweizerische Rechtsprechung

Soweit ersichtlich, hatten sich schweizerische Gerichte in der Zeit vor 1900 nie mit der Anwendbarkeit von AGB auseinanderzusetzen. Wo die Gerichtsurteile sich mit den Eisenbahntransportreglementen zu befassen hatten, war deren Geltung nie bestritten[19]. Der Grund hiefür liegt in der oben beschriebenen, besonderen rechtlichen Ausgestaltung der Eisenbahntransportreglemente.

§ 6 Die Geltung der AGB zwischen 1900 und dem reichsgeschichtlichen Urteil vom 31. Januar 1941

I. Überblick

Für den nun zu betrachtenden Zeitabschnitt wird es sich zeigen, dass die deutsche Rechtsprechung die vom Reichsgericht mit dem Urteil vom 8. Dezember 1883 eingeleitete Entwicklung fortsetzte. Die rechtsgeschäftliche Willenserklärung erfuhr trotz einzelnen Ausnahmen im allgemeinen eine vom individuellen Fall abstrahierende Würdigung[1]. Die Einbeziehungssituation wurde typisiert, und die dem so geschaffenen Typus nicht entsprechenden, dem Verwender jedoch erkennbaren Umstände des individuell konkreten Einbeziehungstatbestandes wurden als rechtlich unbeachtlich aus dem Erklärungstatbestand eliminiert. Anders formuliert: Die Gerichte bezogen nicht mehr alle für den Verwender erkennbaren Umstände der Willenserklärung des Kunden mit in die Auslegung ein; der rechtserhebliche Bereich der einzelnen Elemente wurde auf die verkehrstypischen eingegrenzt. Die Willenserklärung des Kunden wurde normiert. Obschon die Gerichte den konsensualen Geltungsgrund und damit den Vertragscharakter der AGB explizit nicht in Zweifel zogen, vollzog sich materiell durch die erwähnte Praxis dennoch eine Veränderung in der Rechtsnatur der AGB. Die Doktrin, die im allgemeinen von einer grundsätzlichen positiven Haltung gegenüber dem Phänomen der AGB geprägt war[2], kritisierte diese Rechtsprechung nicht, sondern suchte im Gegenteil, sie durch dogmatisch stichhaltige Begründungen zu untermauern.

[18] Michel, Die AGB als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, S. 33.

[19] Vgl. etwa BGE *24* II 69 ff.

[1] Dazu: Meeske, Die «Unterwerfung» unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, Betriebs-Berater *1959* 857, und Schlosser/Graba, AGBG, N 1 zu § 2.

[2] Vgl. die Schriften von Rühl, Nussbaum, Raiser, Michel und namentlich auch Koch.

Im folgenden seien die in diesem Zusammenhang interessierende Rechtsprechung und die in der Literatur vorgebrachten Auffassungen dargestellt. Wegen der im wesentlichen bloss reaktiven Haltung des Schrifttums soll hier – im Gegensatz zur Systematik des vorhergehenden Paragraphen – zuerst die Entwicklung der Rechtsprechung aufgezeigt werden.

II. Die Geltung der AGB in der Rechtsprechung

Während es das Reichsgericht in dem weiter oben erwähnten Urteil RGZ *13* 68 ff. mit einem Fall zu tun hatte, wo eine Kenntnisnahme der AGB durch den Kunden, wenn auch bei weitem nicht sicher, so doch auch nicht geradezu ausgeschlossen war, so gelangte die Rechtsprechung in ihrem weiteren Verlaufe zusehends dazu, beim Vorliegen bestimmter Umstände eine Willenserklärung, auch wo sie unverkennbar nicht vorlag, einfach zu fingieren [3].

Im Urteil vom 18. Mai 1904 [4] führte das Reichsgericht aus, «AGB, wie sie im Bankenverkehr, dann aber auch in anderen Branchen, insbesondere in der Transport- und Versicherungsbranche, handelsüblich geworden sind, stellen im Interesse einer Erleichterung des Geschäftsverkehrs im voraus und in typischer Weise die Bedingungen fest, unter welchen der Bankier, Spediteur, Versicherungsunternehmer gewisse Geschäfte zu kontrahieren gesonnen ist. Sie ... werden in gedruckter Form an die Kunden gegeben und bilden, wenn demnächst ein Geschäftsschluss erzielt wird, mit ihren Einzelbestimmungen die lex contractus.» Sie werden für den Kunden «bindend, von welchem nach Treu und Glauben im Verkehr erwartet werden muss, dass er die ihm gemachten generellen wie speziellen Vertragspropositionen geprüft hat.»

In RGZ *103* 84 ff. [5] befand das Gericht, nicht jede Haftungsbeschränkung des Verwenders werde ohne weiteres Bestandteil des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages. Es sei indessen allgemein bekannt, dass Eisenbahnen und ähnliche grössere Verkehrsanstalten, ebenso wie Banken, Bedingungen herauszugeben pflegen und diese ihren Abschlüssen zugrunde legen. Die Rechtsprechung habe anerkannt, dass solche allgemeine Bedingungen für die einzelnen Abschlüsse, selbst wenn sie dem Kunden der Anstalt nicht bekannt sind, massgebend werden können, vorausgesetzt, dass sie ordnungsgemäss veröffentlicht worden sind, und wohl auch, dass sie nicht solche Bestimmungen enthalten, die eine freiwillige Unterwerfung der Kunden unter sie von vorneherein

[3] So Meeske, Die «Unterwerfung» unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, Betriebs-Berater *1959* 857.

[4] RGZ *58* 151, insbes. 155.

[5] Urteil vom 26. Oktober 1921. Ähnlich Hamelbeck, nach dem AGB auf der Grundlage von § 157 BGB (Auslegung nach Treu und Glauben) verbindlich werden, wenn sie zuvor veröffentlicht worden sind: Begriff, Arten und Verbindlichkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 32.

ausgeschlossen erscheinen lassen und deshalb unüblich sind. Immerhin könne es nicht angehen, dass sich unterschiedslos jeder einzelne Geschäftsmann auf seine AGB berufe, da dies eine Verwirrung des Geschäftslebens bedeuten würde. Die Art und der Umfang des Betriebes müsse so sein, dass das Publikum nach dem zur Zeit Üblichen mit dem Bestehen solcher Bedingungen rechnen müsse.

Von nun an wurde die Kenntnisnahme der AGB durch den Kunden und die Zustimmung zu ihrer Geltung von den Gerichten bedenkenlos fingiert. So entschied das Amtsgericht München-Gladbach[6]: «Die Kenntnis wird bei Veröffentlichung vermutet», und das Amtsgericht Beuthen[7] vertrat gar die Auffassung, dass es schon genüge, dass grosse Firmen ihre eigenen AGB haben, um diese als vereinbart anzusehen.

Das abschliessend anzuführende Urteil des Reichsgerichtes[8] vom 12. September 1925 markiert einen vorläufigen Endpunkt in dieser Entwicklung der sukzessiven Vernachlässigung des Kundenwillens. Hier wurden allgemeine Lieferungsbedingungen eines Elektrizitätswerkes als anwendbar erklärt, obschon ihnen der Kunde ausdrücklich und in unmissverständlicher Weise widersprochen hatte. Das Reichsgericht befand, der Widerspruch stelle sich als eine rechtlich unbeachtliche «protestatio facto contraria»[9] dar. Mit der Eigenart eines Elektrizitätswerkes lasse es sich nämlich nicht vereinbaren, dass sich ein Kunde den allgemein festgesetzten Bedingungen und Preisen nicht unterwerfe und insbesondere für sich kraft blossen Widerspruchs eine Sonderstellung beanspruche.

Die Argumentation des Gerichtes ist insofern bedeutsam, als dass sie sich über den klar geäusserten Geschäftswillen der einen Partei hinwegsetzt, um das Ergebnis der Ungültigkeit der AGB zu vermeiden. Ein tatsächliches Verhalten lässt sich nämlich nach Auslegungsgrundsätzen nicht als Annahmeerklärung auslegen, wenn die gegenteilige rechtsgeschäftliche Absicht klar und erkennbar und auf eine Art und Weise mitgeteilt wird, dass sie dem Erklärungsempfänger keinen Anlass bietet, an ihrer Richtigkeit zu zweifeln. Genau dies war jedoch bei dem vorliegenden Sachverhalt der Fall: Die Auslegung der Willenserklärung des Kunden konnte ohne Zwang nur zum Resultat führen, dass er zwar Strom beziehen wolle, aber mit den proponierten AGB nicht einverstanden sei. Wenn man nun mit dem Gericht annehmen will, aus der Tatsache der Weiterbeliefe-

6 Urteil vom 23. Februar 1924, in Verkehrsrechtliche Rundschau *1931* Sp. 286.
7 Urteil vom 31. März 1925, in Verkehrsrechtliche Rundschau *1925* Sp. 284.
8 RGZ *111* 310f.
9 Zur gemeinrechtlichen Parömie «protestatio facto contraria non valet»: Bydlinski, Privatautonomie, S. 94ff. Dazu auch Larenz, NJW *1956* 1899: «Wo aber eine Rechtsfolge eintreten soll, obwohl der gegenteilige Wille ausdrücklich erklärt worden ist, lässt sich ihr Eintritt nicht mehr auf ein Rechtsgeschäft zurückführen.» Vgl. auch: Schuldrecht I, S. 34, und Allgemeiner Teil des BGB, S. 518. A. A.: Flume, Rechtsgeschäft, S. 76.

rung des Kunden mit Strom lasse sich noch nicht auf einen Willen des Verwenders schliessen, auf die Unterwerfung unter die AGB zu verzichten, so gelangt man zum Dissens als dem einzig möglichen Resultat. Wenn das Reichsgericht sich trotzdem für die Geltung der AGB aussprach, so zeigt dies, dass es eben schon zum damaligen Zeitpunkt die AGB materiell nicht mehr als Vertragsbestimmungen behandelte, sondern dass es bei Vorliegen bestimmter Umstände dem Verwender die Befugnis verlieh, die von ihm eingegangenen Rechtsverhältnisse einseitig zu normieren.

III. Die Geltung der AGB nach der deutschen Doktrin

Die ersten Versuche einer spezifischeren Beschreibung der besonderen Natur der AGB resultieren weniger aus dogmatischen Überlegungen, sondern beruhten auf mehr rechtssoziologischen Betrachtungsweisen. In den Charakteristika der Allgemeinheit der Formulierung der AGB und der Abstraktheit ihrer Aufstellung wurden Ähnlichkeiten mit dem Wesensgehalt von Gesetzen erblickt. Der Umstand, dass die deutsche Rechtsprechung eine rechtsgeschäftliche Einbeziehungserklärung des Kunden je länger, desto mehr fingierte, stiess im Schrifttum nicht auf grundsätzliche Kritik, da das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach AGB als unabweisbar anerkannt wurde[10]. Der bestehende, durch die Rechtsprechung faktisch mitgestaltete Rechtszustand wurde vielmehr zum Anlass genommen, an der rein vertraglichen Geltung der AGB Zweifel anzumelden und ihre Wirksamkeit anderweitig zu begründen.

Im folgenden sind die wichtigsten dieser Theorien kurz darzustellen.

A. Die Theorie von Alfred Hueck

Im Jahre 1923 veröffentlichte Alfred Hueck einen Aufsatz über «Normenverträge»[11]. Diese Arbeit stellte die erste eingehende Untersuchung der Rechtsnatur der AGB und ihrer Geltungsgrundlage dar. Unter dem Begriff des Normenvertrages fasste Hueck all jene Verträge zusammen, die die Grundlage für spätere Einzelverträge abgaben. Von da her unterschied er drei verschiedene Tatbestände, nämlich erstens den sogenannten Richtlinienvertrag, der in rechtlich nicht verbindlicher Weise[12] die Richtlinien für die Ausgestaltung künftiger Verträge festlegte, zweitens den rechtsverbindlichen Normenvertrag, der kraft staatlicher Genehmigung rechtsverbindliche, bisweilen sogar unabdingbare

[10] Beispielshaft dafür: Michel, Die AGB als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, S. 65: «Ihre Veröffentlichung bewirkt im Verhältnis zum Kunden kein Vertragsverhältnis. Sie bewirkt nur die Vermutung ihrer stillschweigenden Vereinbarung anlässlich eines Einzelvertrages.»

[11] Hueck, in: Jherings Jahrbücher *73* 33ff.

[12] Hueck, a.a.O., S. 47.

Normen schafft, und drittens schliesslich den schuldrechtlichen Normenvertrag, durch den sich die Parteien gegenseitig verpflichten, ihren Verträgen inskünftig die vereinbarten AGB zugrundezulegen.

Es ist hier hervorzuheben, dass HUECK unter «Normen» keineswegs nur Rechtsnormen des objektiven Rechts verstand, sondern damit auch vertragliche Vereinbarungen bezeichnete[13]. Er grenzte sie auch ab gegen «Normen» der Verkehrssitte und des Handelsbrauches. Abgesehen vom rechtsverbindlichen Normenvertrag, stellten sie nicht objektives Recht, sondern Ausfluss des beim Vertragsabschluss zum Ausdruck gelangenden Parteiwillens dar.

Fortan stand die Diskussion der Rechtsnatur der AGB im Spannungsfeld der Auseinandersetzung zwischen «Vertragstheorie» und der «Normentheorie», wobei zu beachten ist, dass der Normbegriff durch spätere Autoren in einem andern – häufig nicht einmal explizierten – Sinne Verwendung fand als bei HUECK.

B. Die Theorie von GROSSMANN-DOERTH

Eine grundsätzlich neue Deutung des Phänomens der AGB hat GROSSMANN-DOERTH in seiner Freiburger Antrittsrede im Jahre 1932 unternommen[14]. GROSSMANN-DOERTH stellte dem staatlichen Recht das «autonome Recht der Wirtschaft» gegenüber. Hierunter verstand er «die Gesamtheit der das Wirtschaftsleben beherrschenden Handelsbräuche, Firmenformulare (Banken, Reeder u. a.) und Verbandsrechtsschöpfungen (von den Verbänden der Wirtschaft aufgestellte Geschäftsbedingungen)»[15]. GROSSMANN-DOERTH erweiterte den Begriff des «Rechts», indem er das «selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft» dem staatlichen Recht gegenüberstellte. Wohl bestehe zwischen diesen beiden Gruppen ein Unterschied insofern, als dass ersteres zu seiner Gültigkeit der Vereinbarung zwischen den daran beteiligten Parteien bedürfe. GROSSMANN-DOERTH wehrte sich jedoch dagegen, diesen Gegensatz zum staatlichen Recht allzu hoch zu bewerten, da die Vereinbarung der AGB als «lex contractus» des Einzelvertrages reine Formsache darstelle. Die hinter diesen «autonomen Bedingungen» stehenden gesellschaftlichen Mächte seien stets in der Lage, für die notwendige Sanktion durch den Parteiwillen der Kunden zu sorgen. Von der Vereinbarungsbedürftigkeit abgesehen, kommt nach dieser Lehre den AGB dieselbe Stellung zu wie staatlichen Rechtsnormen: Sie seien weder von den Parteien des Einzelvertrages gestaltet, noch seien beide Parteien frei, sich ihnen zu

[13] HUECK, a. a. O., S. 48 und 62.

[14] GROSSMANN-DOERTH, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht; *ders.*, Der Jurist und das autonome Recht des Welthandels, in JW *1929* 3447ff. Dagegen: FIKENTSCHER, Schuldrecht, 5. A., S. 99f.

[15] GROSSMANN-DOERTH, JW *1929* 3447 N 4.

unterwerfen[16]. Von daher lasse sich eine Gleichstellung mit dem staatlichen Recht rechtfertigen.

Grossmann-Doerths Versuch einer neuen Erfassung der Rechtsnatur der AGB leidet unheilbar an einer Verquickung rechtssoziologischer Beschreibung mit rechtsdogmatischer Qualifikation. Aufgrund tatsächlicher Verhältnisse schliesst er – was sich logisch nicht halten lässt – auf einen seiner Natur nach normativen Zusammenhang[17]. Da wir es hier jedoch mit der Rechtsnatur der AGB zu tun haben, also mit einer Frage, die dogmatisch zu lösen ist, vermag uns der Ansatz Grossmann-Doerths nicht weiterzuhelfen.

Übrigens beweist das Ergebnis der Untersuchung Grossmann-Doerths schlagend, dass eine Vermengung des rechtssoziologischen Befundes mit der rechtsdogmatischen Analyse auch rein praktisch höchst unbefriedigende Resultate zeitigen muss. Obschon seine Intention gegenüber den AGB an sich durchaus nicht unkritisch war und er das Problem der Zurechnung ihres Inhaltes an den rechtsgeschäftlichen Willen des Adherenten klar als die bedeutsamste Frage dieses Rechtsgebietes[18] erkannte, war ihm aufgrund seiner theoretischen Position in der Frage der Rechtsnatur der AGB ein Ausblick auf die Möglichkeiten sachadäquater Remedur weitgehend verdeckt. Den Ausweg aus der Problematik sachlich unberechtigter «Rechts»-Setzung erblickte er in der Allgemeinverbindlicherklärung bereinigter AGB.

Grossmann-Doerths Überlegungen zeitigten insofern Folgen, als man im Schrifttum, vorab im deutschen, zum Teil aber auch im schweizerischen[19], nun immer mehr von den AGB als von «Rechtsordnungen», von «Recht» und von «Normen» zu sprechen begann. Diese Terminologie fand indessen nie eine klare theoretische Rechtfertigung; ihre Verwendung war gekennzeichnet durch das Bedürfnis, diese Erscheinung durch – freilich bloss bildhafte Bezeichnungen – angemessener zu beschreiben, als dies mit dem herkömmlichen Terminus «Vertrag» möglich war. Dass dabei das präzise Juristische daran verlorenging, übersah man gerne, lag doch eine solche Vernachlässigung von «formaljuristischen» Betrachtungsweisen zugunsten eines «konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens»[20] ganz im Sinne der damals eben anbrechenden Zeit.

[16] Grossmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft, S. 6.

[17] Zur eingehenden Kritik: unten, S. 51 ff., 58 ff.

[18] Grossmann-Doerth, a. a. O., S. 11.

[19] Wanner, Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der schweizerischen Grossbanken.

[20] Dazu Carl Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934. Helm qualifiziert dies als «völlige Verwirrung der Rechtsquellenlehre im nationalsozialistischen Unrechtsstaat»: Normative Theorie, S. 126.

C. Die Theorie von Ludwig Raiser

Langfristig wohl den nachhaltigsten Einfluss sowohl auf die Literatur als auch auf die deutsche Rechtsprechung hat die im Jahre 1935 erschienene Monographie von Ludwig Raiser über «Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen» ausgeübt.

Raiser bezog in einem ersten Teil seiner Untersuchung nach einer eingehenden Analyse des wirtschaftlichen Sachverhaltes zur Frage des Standortes der AGB im System der Rechtsdogmatik Stellung. Er hielt eine Auffassung, wonach AGB reine rechtsgeschäftliche, aus dem Willen von Privaten hervorgehende Produkte[21] darstellen sollen, für ungenügend. Sie mit andern[22] Autoren in der Nähe des objektiven Rechts anzusiedeln, lehnte Raiser ebenfalls ab, da ein solcher Versuch dann zum Scheitern verurteilt sei, wenn man sich der Aufgabe unterziehe, sie in den anerkannten Katalog der Quellen objektiven Rechts einzureihen. Denn von gesetzlichen Normen, dies hob Raiser klar hervor, unterscheiden sich die AGB durch das Fehlen der staatlichen Erzeugung.

Raiser versuchte nun, diesen Schwierigkeiten dadurch Herr zu werden, indem er den Gegensatz zwischen objektivem Rechtssatz und dem Rechtsgeschäft überhaupt leugnete. Er stellte die Richtigkeit der Denkweise in Frage, nach der die Parteien bei Vornahme eines Rechtsgeschäftes nur den Tatbestand setzen, dem dann das objektive Recht nach Belieben Rechtsfolgen zuerkennt oder abspricht. Er kritisierte die herrschende Lehre, die, anstatt die private Rechtssetzung der staatlichen gleichzustellen, diese jener überordne und die rechtsgeschäftlich autonom ihre Belange regelnde Privatperson als blossen «Funktionär der Rechtsordnung»[23] betrachte. Eine solche Auffassung werde – so Raiser – der reichen Mannigfaltigkeit der gleichgeordneten und sich vielfach überschneidenden Beziehungen zwischen den einzelnen Rechtsgenossen nicht gerecht. Namentlich für die Erfassung jener Gebilde erweise sich diese herkömmliche Konstruktion als ungeeignet, wo grosse Unternehmer und Wirtschaftsverbände solche Beziehungen nicht einzeln, sondern reihenweise nach ihrem Willen gestalten und der Einwirkung des staatlichen Rechts entziehen[24]. Nach Raisers Auffassung sollen die Parteien in der Lage sein, ohne Vermittlung der staatlichen Rechtsordnung unter sich Recht zu setzen[25]. Der Staat überlasse es den

[21] So v. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB, II/1, S. 146, sowie: *ders.*, Schweizerisches Obligationenrecht I, S. 121 und S. 8 N 10.

[22] Z. B. Hagen, Versicherungsrecht, S. 33: AGB seien zwar «Ausfluss und Ausdruck reinster Privatautonomie, aber trotzdem eine wirkliche und sehr wichtige Quelle objektiven Rechts». Vgl. auch Lehmann/Hoehninger, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 36: «... eine grosse, fast rechtssatzähnliche Bedeutung».

[23] Raiser, AGB, S. 64.

[24] Raiser, AGB, S. 64.

[25] Raiser, AGB, S. 63.

Rechtsgenossen, sich ihre partikulären Ordnungen selbst zu schaffen[26]. Der rechtliche Bestand dieser Ordnung leite sich nun nicht daraus ab, dass die staatliche Rechtsordnung die private Ordnung als Tatbestand vorsehe, dem sie nach Belieben Rechtszwang verleihen könne. Die partikulären Ordnungen seien nicht einfach Konkretion der staatlichen Rechtsordnung, sondern nach Ursprung und Inhalt selbständig. Sie könnten sich daher entweder mit der Gemeinschaftsordnung decken, sie ergänzen oder aber sich zu ihr in Widerspruch versetzen.

RAISER setzte in seiner Argumentation offenkundig entscheidend Akzent auf das Gestaltungsmoment der partikulären Ordnung, auf das empirische Element des autonomen, rechtsgestaltenden Willens der Rechtsgenossen. Von da her mag ihm – und dies ist bei einer rechtssoziologischen Betrachtungsweise nicht unverständlich – eine Auffassung wirklichkeitsfremd erscheinen, in der das Rechtssubjekt bloss «Anteil am Rechtsschöpfungsberuf des Staates»[27] haben soll.

Auf den ersten Anblick scheint es sich tatsächlich lediglich um eine Sache des Gesichtspunktes zu handeln, ob man die von den einzelnen Rechtssubjekten gesetzte Regelung oder die vom Staate verliehene Sanktion als entscheidend betrachtet. Indessen erweist sich die Konzeption RAISERS bei näherem Zusehen bald als unbefriedigend: Statt offene Fragen einer einleuchtenden Lösung entgegenzuführen, wirft sie im Gegenteil neue Schwierigkeiten auf. So wäre aus solcher Sicht erklärungsbedürftig, weshalb in bestimmten Fällen, in denen übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien unbestreitbar vorliegen, eine «partikuläre Ordnung» eben gerade nicht entsteht. Wenn die Parteien mit RAISER tatsächlich von sich aus, ohne staatliches Zutun, Recht setzen könnten, so liesse sich kaum widerspruchsfrei begründen, weshalb Abmachungen mit sittenwidrigem Inhalt überhaupt keinen und beispielsweise Forderungen aus Spiel und Wette bloss unvollkommenen Bestand haben sollten. Gerade in diesen Fällen wird ein auf eine Rechtsfolge gerichteter Wille der Beteiligten doch meist nicht zu leugnen sein.

In theoretischer Hinsicht setzte sich RAISER dem Einwand aus, dass man bei der Beurteilung der Rechtsnatur der AGB zwischen der Herkunftsquelle einerseits und der Qualifikations- oder Sanktionsquelle[28] andererseits zu unterscheiden hat. Gewiss lässt sich nicht leugnen, dass allgemeine Geschäftsbedingungen nicht von den im Gemeinwesen zur Rechtserzeugung berufenen Organen geschaffen und gestaltet werden. Ebensowenig wird den Verwendern von Staates

[26] RAISER, AGB, S. 69.
[27] So HELLER, Die Souveränität, S. 89, 100.
[28] Vgl. dazu überzeugend: REHBINDER, AGB und die Kontrolle ihres Inhalts, S. 16f.

wegen die Rechtsmacht verliehen, sie ursprünglich heteronom gegen die Kunden zur Anwendung zu bringen. Die Durchsetzungsmöglichkeit ist im Einzelfall eine Frage der vom Verwender gewählten Vertragsabschlusstechnik und seiner sozialen Machtstellung. Mit diesen Feststellungen ist jedoch noch nichts über die Voraussetzungen der normativen Sanktionierung der AGB durch die Rechtsordnung und damit über ihre rechtliche Durchsetzbarkeit entschieden. Diese Sanktionierung hängt im einzelnen Fall davon ab, ob sich die Geltung der AGB aus einer Delegationsnorm des staatlichen Rechts ergebe, ob m. a. W. die in einer in Betracht fallenden Zurechnungsnorm enthaltenen tatbeständlichen Voraussetzungen erfüllt worden sind oder nicht[29].

IV. Die Normentheorie in der schweizerischen Literatur

Die Lehren von der objektiven Rechtsnatur der AGB blieben nicht ohne Auswirkungen auf die schweizerische Literatur. Inspiriert von den Arbeiten RÜHLS[30] und GROSSMANN-DOERTHS[31] qualifizierte WANNER die AGB, namentlich der Grossbanken, als «Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft»[32] und befand, sie entsprächen wegen ihrer «einseitigen Aufstellung und Durchsetzung ... durchaus der gesetzlichen Regelbildung»[33]. Ihre tatsächliche Anwendung geschehe durch «automatische» Aufnahme der einschlägigen Bestimmungen in den Einzelvertrag, eine besondere Willenseinigung werde nicht getroffen. Die Anwendung der AGB gleiche offensichtlich der Ergänzung von Vertragslücken durch objektive Normen[34]. Gewisse AGB-Klauseln seien sogar selbständig, ohne jeden Vertrag, wirksam[35].

Die schweizerischen Gerichte sind dieser Betrachtungsweise indessen nicht gefolgt, sondern haben ausdrücklich am rechtsgeschäftlichen Geltungsgrund der AGB festgehalten[36].

[29] Zur eingehenderen Begründung dieses Zusammenhanges und zur Kritik der soziologischen Deutungen der Rechtsnatur der AGB: unten, S. 49ff.

[30] RÜHL, Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft.

[31] GROSSMANN-DOERTH, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft.

[32] WANNER, Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der schweizerischen Grossbanken, S. 3ff.

[33] WANNER, Rechtsnatur, S. 5.

[34] WANNER, Rechtsnatur, S. 57.

[35] WANNER, Rechtsnatur, S. 58f.

[36] Vgl. beispielsweise: SJZ *40* 146, *41* 320, *51* 228, *71* 368, ZR *45* (1946) Nr. 29, *46* (1947) Nr. 106.

§ 7 Das Reichsgerichtsurteil vom 31. Januar 1941 sowie die ihm folgenden Meinungen in Doktrin und Rechtsprechung

I. Das Reichsgerichtsurteil vom 31. Januar 1941

Das reichsgerichtliche Urteil vom 31. Januar 1941[1] verschärfte die Kontroverse über die Rechtsnatur der AGB. In diesem Entscheid, wo es um die Anwendbarkeit von Allgemeinen Versicherungsbedingungen ging, äusserte das Gericht beiläufig, der «Abschluss von Verträgen, die unter Bezugnahme auf oft sehr umfangreiche Allgemeine Geschäftsbedingungen ... geschlossen werden, [stellt sich] kaum noch als eine echte vertragliche Vereinbarung all dieser den Vertragsinhalt bildenden Regelungen dar; sie [bedeutet] viel eher eine Unterwerfung unter eine fertig bereitliegende Rechtsordnung». Anschliessend bezeichnete das Gericht die AGB als ein für weiteste Kreise ausgearbeitetes «Rechtsordnungsgebäude», dessen Einzelheiten dem Eintretenden nicht bekannt zu sein brauchten.

II. Die Aufnahme des reichsgerichtlichen Urteils durch die Doktrin

A. Zustimmende Stellungnahmen

Das reichsgerichtliche Judikat vom 31. Januar 1941 fand in einem grösseren Teil[2] des Schrifttums sofort lebhafte Zustimmung. Vom überwiegenden Teil der Autoren wurde es bedenkenlos als höchstrichterliches Bekenntnis zur objektiven Rechtsnatur der AGB verstanden. Zwar gelang es auch der Theorie nicht, diese Ansicht stichhaltig zu begründen. HERSCHEL[3] befand, es sei zwar nicht möglich, zwingend und mit sachlichen Beweisgründen den objektiven Charakter der AGB darzutun, denn es handle sich überwiegend um eine Anschauungsfrage. Dennoch, wie sehr man sich auch gefühlsmässig dagegen sträube, könne man doch einfach nicht leugnen, dass ihnen die Kraft objektiver Rechtsnormen zukomme. Auch BERNHARDT[4] vertrat den Standpunkt der objektiven Rechtsnatur kaum viel überzeugender, wenn er bekannte, mit den Mitteln begrifflicher Deduktion könne die Frage von vornherein nicht gelöst werden, da diese ungeeignet seien, die Rechtswirklichkeit aufzudecken. Nach seiner

[1] Veröffentlicht in: Deutsches Recht *1941* 1212. Dazu SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 46 zu § 2; WEBER, AGB, N 182; REHBINDER, Kaufrecht, S. 17.

[2] Demgegenüber bezeichnet v. BRUNN die reichsgerichtlichen Formulierungen als blosse «rethorische Floskeln»: Die formularmässigen Bedingungen der deutschen Wirtschaft, S. 72.

[3] HERSCHEL, Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, Deutsches Recht *1942* 753 ff., 754.

[4] BERNHARDT, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnorm, Deutsches Recht *1942* 1171 ff. Vgl. auch SIEBERT, Deutsches Recht *1941* 1513.

Ansicht lässt sich Klarheit nur gewinnen, wenn die Betrachtung der AGB an ihrer Wirkung auf die Rechtsgestaltung orientiert wird.

Rechtstatsächlicher Ausgangspunkt solchen Denkens bildete die bereits mehrfach geschilderte besondere Sachlage bei den AGB, nämlich die gesetzesähnliche Abstraktheit ihrer Formulierung[5]. Daraus und aus der Tatsache der einseitigen Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsfreiheit[6] wurde aus der oben dargestellten reichsgerichtlichen Praxis zur Frage der Einbeziehung der AGB ohne erkennbare Willenserklärung des Kunden Schlüsse auf ihre Rechtsnatur gezogen. Die Bereitschaft des Reichsgerichtes, eine Einbeziehungserklärung des Kunden gegebenenfalls auch zu fingieren[7], und der Umstand, dass solcherart dem Verwender unter ganz bestimmten, von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Umständen eine Befugnis verliehen wurde, sein Rechtsverhältnis zum Kunden einseitig zu normieren, veranlasste diese Autoren, jene von ihnen als unbefriedigend befundene Fiktion durch eine normative Theorie der Wirksamkeit von AGB zu ersetzen.

Indessen haben sich auch die «normativen» Theorien nicht unterschiedslos zu einer von einer Unterwerfungserklärung des Kunden vollständig abstrahierenden Geltungsweise der AGB bekannt. Lediglich BERNHARDT[8] vertrat die Meinung, die AGB hätten «automatisch» zu gelten, es fehle ihnen überhaupt jeglicher rechtsgeschäftliche Charakter, und sie seien Rechtsnormen ähnlich dem Gesetzesrecht. Nach diesem Autor soll auch dann, wenn AGB vereinbart werden, dies an ihrer normativen Struktur nichts ändern, da dadurch die vom Einzelvertrag völlig unabhängige Vertragsordnung als solche nicht berührt werde, sowenig wie die wörtliche Aufnahme einer gesetzlichen Regel in einen Vertrag an der Gesetzlichkeit dieser Rechtsnorm etwas ändere. Demgegenüber lehrt HERSCHEL[9], die AGB seien zwar objektives Recht, sie seien indes nicht ohne Zutun der am Einzelvertragsverhältnis beteiligten Parteien anwendbar. Wiewohl objektives Recht, sei ihre Geltung regelmässig von dem Parteiwillen abhängig. Es handle sich somit um ein rechtsgeschäftliches Doppelgebilde, bestehend aus einem gewöhnlichen Vertrag, z. B. einem Kaufvertrag, und aus der Unterwerfung unter die Vertragsordnung[10]. Im Ergebnis entfaltet die Auffassung HERSCHELS lediglich von den herkömmlichen Theorien abweichende Ergebnisse im Hinblick auf die Behandlung von Willensmängeln und der Probleme der Auslegung. Der Irrtum wird bei ihm nur bedeutsam, wenn er sich auf

[5] Vgl. oben, S. 16f.
[6] BERNHARDT, a. a. O., S. 1172.
[7] RGZ *111* 311, *58* 151, 155.
[8] BERNHARDT, a. a. O., S. 1172.
[9] HERSCHEL, a. a. O., S. 754.
[10] HERSCHEL, a. a. O., S. 754.

die Unterwerfung als solche bezieht. Hingegen sei er irrelevant, wenn er bloss in einer unrichtigen Vorstellung vom Inhalt der Vertragsordnung besteht.

Auch nach EILLES[11], einem weiteren Vertreter der Normentheorie, hat der «Akt des Eintrittes eines Partners in das fertig vorliegende Rechtsordnungsgebäude» Vertragscharakter. Zwar werden bei ihm AGB infolge Objektivierung und Typisierung «zu einer Art objektiven Rechts». Es komme ihnen Existenz unabhängig von dem auf ihrer Grundlage abgeschlossenen Einzelvertrag zu. Sie seien von objektivem Recht «kaum mehr» unterscheidbar, um so mehr, als auch die vertragliche Einigung über ihre Anwendbarkeit durch rechtliche und faktische Begebenheiten oftmals völlig ersetzt werde. Nach EILLES soll es genügen, dass «AGB von Wirtschaftsgruppen beraten, aufgestellt, also objektiviert» werden und dass diese mit ihrer wirtschaftlichen Macht dahinterstehen. Damit ist nach seiner Ansicht der Akt der Rechtserzeugung vollendet. Immerhin habe die Rechtsanwendung durch den Richter den «Filter des deutschen Rechtsempfindens» zu passieren, da es sich infolge der «Objektivierung» durch andere als verfassungsmässige Instanzen um eine «fremde Rechtsordnung» handle.

Bemerkenswerterweise haben auch die Vertreter der objektiven Normentheorie – abgesehen von BERNHARDT – ihre Ansicht keineswegs konsequent zu Ende geführt[12], sondern sie bloss in Einzelfragen zur Begründung der von ihnen als wünschenswert erachteten Ergebnisse herangezogen. Wenn man den Begriff des objektiven Rechts[13] dadurch definiert, dass es die von ihm erfassten Tatbestände einer Regelung unterwirft, ohne dass es hiezu der Mitgestaltung durch die einzelnen davon betroffenen Personen bedarf, so erscheint die von den Normentheoretikern verfochtene Ansicht als grundsätzlich widersprüchlich: Entweder sind nämlich die AGB objektives Recht, und dann bedürfen sie nicht noch einer besonderen rechtsgeschäftlichen Unterwerfung, oder sie sind in ihrer Anwendbarkeit von einer entsprechenden rechtsgeschäftlichen Erklärung der Beteiligten abhängig, und dann sind sie per definitionem nicht objektives Recht[14]. Es ist deshalb unmöglich, das Postulat der objektiven Rechtsnatur mit dem Erfordernis beidseitiger Unterwerfungserklärungen durch die Vertragsparteien miteinander zu vereinen, ohne die Forderung logischer Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit preiszugeben.

[11] EILLES, Das Recht der AGB und die Gerichte, DGWR *41* 121 ff.

[12] Gleicher Ansicht: SCHMIDT-SALZER, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 74; NÖRR, Rechtsnatur, S. 80 ff.

[13] LARENZ, Allgemeiner Teil des BGB, S. 102; v. TUHR/PETER, § 20; STAMMLER, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, § 40.

[14] Hierauf hat bereits NÖRR hingewiesen: Rechtsnatur der AGB, S. 86a.

B. Ablehnende Stellungnahmen

Die durch das reichsgerichtliche Judikat vom 31. Januar 1941 eingeleitete Rechtsprechung erfuhr indessen auch vor 1945 nicht uneingeschränkte Zustimmung. Namentlich PAGENSTECHER[15] trug in seinem Werk über «Sittenwidrige Lieferungsbedingungen» einen ganzen Katalog von Fragen zusammen, die zu beantworten die normativen Theorien ausserstande waren. Auch MÜLLEREISERT wandte sich kritisch gegen diese Rechtsprechung und die sich daran anschliessende normative Lehre[16].

§ 8 Die Entwicklung der Geltungstheorie in Deutschland nach 1945

I. Das Schicksal der objektiven Geltungstheorie in Lehre und Rechtsprechung

Nach 1945 hörte das deutsche Reichsgericht auf zu bestehen. Wie zerrüttend sich das Fehlen einer höchsten gerichtlichen Autorität auf die Rechtseinheit auswirken muss, zeigte sich vor allem auch auf dem Gebiete der Rechtsprechung zu den AGB. Die Entwicklung war hier durch eine ausgesprochene Vielfalt der vertretenen Meinungen gekennzeichnet.

Die Theorie von der objektiven Geltung der AGB wurde am konsequentesten vertreten durch das Berliner Kammergericht, das den AGB den Charakter einer «Rechtsordnung, eines materiellen Gesetzes im Sinne des Art. 2 EGBGB[1] und nicht einer vertraglichen Vereinbarung» zuerkannte[2]. Auch das Kammergericht liess es indessen an einer näheren dogmatischen Fundierung seiner doch sehr bemerkenswerten Ansicht fehlen.

Gleich dem Kammergericht sprachen sich das OLG Frankfurt[3], das OLG Hamm[4] und das OLG Freiburg[5] vorbehaltlos für den Normencharakter der AGB aus. Zum Teil wurde dann aber die Geltung solcherart charakterisierter Normen inkonsequenterweise doch wieder von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Einbeziehungserklärung auch des Kunden abhängig gemacht. Demgegenüber hoben andere Gerichte, wie das OLG Düsseldorf[6], das OLG

15 PAGENSTECHER, Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, 2. A., Marburg 1944.
16 MÜLLEREISERT, in DGWR *1942* 111 ff.
1 Art. 2 EGBGB hat folgenden Wortlaut: «Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.»
2 Betriebs-Berater *50* 856.
3 Süddeutsche Juristenzeitung *1948* 203.
4 MDR *1947* 203.
5 Juristenzeitung *1951* 223. Vgl. auch MDR *1950* 548.
6 Deutsche Rechtsprechung II (214) 33b.

Braunschweig[7], das OLG Stuttgart[8] und das OLG Celle[9], auch bereits damals den rein vertraglichen Geltungsgrund der AGB hervor.

Der deutsche Bundesgerichtshof schloss sich während der ersten Zeit seines Bestehens der Normentheorie an. Teilweise sprach er ausdrücklich von einer normativen Geltungsweise der AGB, bei der es auf eine Kenntnis des Kunden nicht ankommen könne[10], teilweise übernahm er ohne nähere Kommentierung einfach die Formulierungen des Reichsgerichtes.

Diese Rechtsprechung zog indessen schon bald vehemente wissenschaftliche Kritik auf sich: RUDOLF NÖRR wies in einer 1954 erschienenen Untersuchung[11] über die Rechtsnatur der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die unzulängliche dogmatische Begründung, die Widersprüchlichkeit und die unbefriedigenden rechtspolitischen Konsequenzen der objektiven Normentheorie nach. Auch v. BRUNN[12], ein Autor, der im übrigen nie müde wurde, die Verdienste der AGB hervorzuheben, erinnerte an die ehemals vertraute Tatsache, dass es keine Rechtsnormen geben könne, die von Privaten ausgehen[13]. Objektives Recht könne nur «vom Staat oder einer Stelle gesetzt werden, die ihre Rechtssetzungsbefugnis vom Staat ableite»[14]. Er betonte, dass sich die objektive Verbindlichkeit von AGB nicht auf eine anerkannte Rechtsquelle zurückführen lasse. Obschon die objektive Normenlehre auch jetzt noch ihre Vertreter[15] hatte, gewannen ihre Kritiker nun doch deutlich Überhand[16].

Unter dem Eindruck der wissenschaftlichen Kritik trat nun auch der Bundesgerichtshof den Rückzug an: In BGHZ *9* 1 erkannte er, dass AGB zu ihrer Geltung der mindestens stillschweigenden Unterwerfung durch den Kunden bedürfen und dass eine solche nur dann angenommen werden dürfe, wenn dieser die Existenz der AGB entweder kannte oder doch hätte kennen müssen. In BGHZ *17* 1 f. wurde explizit festgestellt, dass den AGB die objektive Normenqualität fehlt. Damit war das Schicksal der objektiven Normentheorie in Deutschland besiegelt.

In seiner späteren Praxis hat der Bundesgerichtshof – und ihm folgend auch

[7] Betriebs-Berater *1950* 743.
[8] Verkehrsrechtssammlung *1* 79.
[9] Deutsche Rechtsprechung II (214) 34, 1.
[10] BGHZ *1* 83ff., 86.
[11] NÖRR, Rechtsnatur, S. 121.
[12] v. BRUNN, Die formularmässigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, S. 75. Vgl. auch ERMAN/HEFERMEHL, Handkommentar zum BGB, 2. A., Anm. 4 vor § 145.
[13] Zur Kritik dieser Anschauung: unten, S. 56ff.
[14] v. BRUNN, a. a. O., S. 75.
[15] Z. B. SCHMIDT-LOSSBERG, in Monatsschrift für deutsches Recht *1951* 284 und *1953* 353.
[16] Vgl. auch HURST, Inwieweit kann Gesetzesrecht durch AGB wegbedungen werden?, S. 3ff.; KRAUSE, Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, Betriebs-Berater *1955* 265ff.; MEESKE, Die «Unterwerfung» unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, Betriebs-Berater *1959* 857ff.

die unteren Instanzen – die Einbeziehung von AGB stets[17] von einer entsprechenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des Kunden abhängig gemacht. Dabei wurde die «Unterwerfungserklärung» jedoch oft fingiert: Nach der «Wissen-Müssen»-Formel[18] musste der Kunde üblichen oder nach verkehrsüblicher Art veröffentlichten AGB, selbst wenn der Verwender nicht besonders auf sie verwiesen hatte, ausdrücklich widersprechen, wenn er sie nicht gegen sich gelten lassen wollte[19]. Es wurde hier anders als bei gewöhnlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen[20] nicht darauf abgestellt, ob der Kunde nach den gegebenen Umständen dem Verwender erkennbar auf die AGB verweisen wollte.

Die Rechtfertigung der erleichterten Geltung von AGB, die übrigens nicht ohne Kritik blieb[21], lautete verschieden: Krause[22] wollte dem Kunden im Bereiche des durch AGB geregelten Massenverkehrs eine «Klarstellungsobliegenheit» auferlegen, die sich aus dem «sozialen Kontakt» ergeben soll. Darnach müsse der Kunde widersprechen, wenn er die AGB nicht gelten lassen wolle. Lukes[23] argumentierte, der «Imperativcharakter» der AGB habe zur Folge, dass das Schweigen des Kunden als Annahme zu werten sei. Meeske[24] schliesslich, der den fiktiven Charakter der sogenannten stillschweigenden Unterwerfung klar hervorhob, begründete für diesen Bereich die Anwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit einer Analogie zur Haftung aus «culpa in contrahendo».

II. Zwischenergebnis

Die rechtshistorische Würdigung der Theorien über die Geltung allgemeiner Geschäftsbedingungen sollte die Lehren und die Rechtsprechung, die in den

[17] Eine Ausnahme bildet der berühmte Parkplatzfall vom 14. Juli 1956, wo der V. Senat des BGH die Auffassung vertrat, Vertragsverhältnisse könnten auch durch blosse tatsächliche Vorgänge begründet werden: BGHZ *21* 319, 333ff. Dazu auch Bydlinski, Privatautonomie, S. 9, 88f., 98f.

[18] Dazu im einzelnen: unten, S. 87ff. Vgl. auch Flume, Rechtsgeschäft, S. 668f.: «Der Ausdruck ‚stillschweigend' ist mehrdeutig. Soweit man die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten lässt, weil diese Geschäfte stets nur zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgeschlossen werden und deshalb auch der Vertragsschliessende ‚wissen muss', dass das Geschäft mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgeschlossen wird, liegt eine vertragliche Verweisung nicht vor.» Dazu auch Löwe/Westphalen/Trinkner, AGBG, N 1ff. zu § 2: Die Einbeziehung von AGB sei (erst) durch das AGBG wieder auf den rechtsgeschäftlichen Boden zurückgeführt worden.

[19] Soergel/Siebert, BGB, N 19 zu § 157; Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 19. Dass die Kenntnis des Inhaltes der AGB nicht verlangt wurde, ist nach dem Gesagten beinahe selbstverständlich: BGHZ *9* 1, *17* 2.

[20] Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des BGB, S. 342f.

[21] Vgl. Bydlinski, Privatautonomie, S. 59ff. und 208ff. Schmidt-Salzer, AGB, S. 19; Schlosser/Graba, AGBG, N 25 zu § 2.

[22] Krause, in Betriebs-Berater *1955* 269. Dagegen: Flume, Rechtsgeschäft, S. 669.

[23] In: Juristische Schulung *1961* 301, 305.

[24] Meeske, Die «Unterwerfung» unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, Betriebs-Berater *1959* 857ff., 864.

AGB objektiv geltende Rechtsnormen erblickten, nicht kurzerhand als geschichtlichen und rein geschichtlich bedingten, heute vollständig überwundenen dogmatischen Irrweg verurteilen. Gewiss waren jene Auffassungen rational nicht begründbar und in ihrer rechtspolitischen Zielsetzung nach den heute anerkannten Wertungsmassstäben verfehlt. Aber jene Lehren machten doch – indem sie die unbestreitbaren phänomenologischen Parallelen zwischen AGB und objektivem und damit heteronomem Recht verabsolutierten – schlagend deutlich, wie sehr die AGB einen Fremdkörper innerhalb des Vertragsrechtes darstellen. Sie zeigten das Legitimationsdefizit der AGB[25] auf, wenn man ihre Geltungsgrundlage an den herkömmlichen Rechtfertigungsgründen des Vertrages als einer autonom gesetzten Rechtsbeziehung zwischen rechtlich gleichgestellten Partnern[26] misst. Bleibendes Verdienst der objektiven Normenlehre ist es, in Deutschland ein juristisches Allgemeinbewusstsein dafür geschaffen zu haben, dass AGB nicht einfach etwas ungewöhnliche Vertragsbestandteile darstellen. M. E. schaffte sie dadurch mit die Voraussetzungen, die eine umfassende Inhaltskontrolle[27], wie sie der deutsche Bundesgerichtshof in den sechziger und den frühen siebziger Jahren entwickelte, erst möglich machten. Da das AGB-Gesetz vom 9. Dezember 1976[28] in seinem Kern die von der Rechtsprechung gebildeten Entscheidregeln[29] übernahm[30], dürfen jenen normativen Lehren die Patenehren am heutigen Rechtszustand nicht abgesprochen werden.

Ein zweites Verdienst der objektiven Geltungslehre liegt darin, die Entwicklung eines neuen Normenverständnisses gefördert zu haben. Die Betonung und Übertreibung der Gemeinsamkeiten von AGB mit objektiven Rechtsnormen förderte die Einsicht, dass die unvermittelte Gegenüberstellung von hoheitlichen Normen einerseits und von privatautonomen Rechtsbeziehungen[31] anderseits – weil auf einer fehlenden Differenzierung zwischen Entstehungsquelle und der einheitlichen Qualifikationsquelle beruhend[32] – theoretisch nicht zu halten war. Es trat nun sinnfällig zutage, dass an der Schaffung der innerhalb des Bereiches einer Rechtsordnung gültigen, also mit rechtlicher Verbindlichkeit ausgestatteten Sollenssätze, eine Vielzahl von Urhebern beteiligt sind[33].

[25] Dazu einlässlich unten, S. 126ff., 137ff.

[26] Rehbinder, Kaufrecht, S. 13.

[27] In BGHZ *22* 90 wurde der Monopolgesichtspunkt zugunsten einer umfassenden Inhaltskontrolle aufgegeben.

[28] Bundesgesetzesblatt *1976* Teil I S. 3317ff.

[29] Darüber: Schmidt-Salzer, AGB.

[30] Vgl. Dieter Hart, Konsumentenschutz durch AGB-Gesetz?, Kritische Justiz *1977* 62ff.

[31] Zur grundsätzlichen Klärung dieser Problemstellung: unten, S. 49ff. In der älteren Sicht verhaftet bleibt noch Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 54ff.

[32] Dazu: Rehbinder, AGB und die Kontrolle ihres Inhalts, S. 16f.

[33] Dies hob namentlich H. Krüger hervor: Staatliche Gesetzgebung und nichtstaatliche Rechtsetzung, Recht der Arbeit *1957* 201ff. H. Krüger scheint indessen der Einheitlichkeit der Qualifika-

Das gewandelte Normenverständnis wurde etwa bei H. KRÜGER deutlich, wenn er davon sprach, dass der Bürger in jedem Fall, wo er einen Vertrag eingehe, als normsetzende Instanz auftrete.

III. Die Geltungsfrage in der neuesten deutschen Literatur

Wurden objektive Normentheorien nach dem in BGHZ *17* 1 f. publizierten Urteil des Bundesgerichtshofes auch kaum mehr vertreten, so blieben die Auffassungen über die Rechtsnatur der AGB auch darnach alles andere als klar und einheitlich. SCHMIDT-SALZER konstatierte 1967 in einem Werk, das auch heute noch zum Besten zählt, was über AGB geschrieben wurde, die Frage nach der Qualifikation von AGB sei noch nicht beantwortet [34]. Ein Blick in die neuesten deutschen Lehrbücher des bürgerlichen Rechts beweist, dass diese Diagnose auch heute noch nicht überholt ist.

So schreibt FLUME in der 2. Auflage seines Werkes über das Rechtsgeschäft: «Wenn von Rechts wegen anerkannt wird, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen ohne vertragliche Vereinbarung gelten, so geschieht dies aus der Rechtsüberzeugung, dass für derartige Geschäftstypen um ihrer sozialen Funktion willen die Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen einer ‚richtigen' Ordnung entspricht [35].» Damit sei allerdings nicht gesagt, dass AGB Normencharakter hätten. AGB-Verträge seien besondere Geschäftstypen, für welche «die Rechtsordnung anerkennt, dass in Ergänzung der vertraglichen Vereinbarung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten» [36]. Nach ESSER/SCHMIDT [37] kann die rechtliche Legitimation der AGB weder mit einer Vertrags- noch mit einer Normentheorie begründet werden. AGB spielen nach diesen Autoren eine faktische Rolle; sie seien als soziale Erscheinungen rechtlich relevant und bedürfen daher «gesellschaftlicher und staatlicher Überprüfung». Über die Zurechnungsgrundlage schweigen sich ESSER/SCHMIDT jedoch aus und lassen es mit der Warnung davor bewenden, die «AGB nunmehr als juristisches Nullum zu negieren», weil man damit «den Betroffenen Steine statt Brot» gäbe.

tions- oder Geltungsquelle zuwenig Bedeutung beizumessen, wenn er sagt, dass die Einheit des staatlichen Gesetzgebers nicht zum vorneherein gegeben sei: a. a. O., S. 202.

[34] SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 19. Vgl. auch REHBINDER, AGB und die Kontrolle ihres Inhalts, S. 14.

[35] FLUME, Rechtsgeschäft, 2. Aufl., S. 669. Dazu SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 5 zu § 2.

[36] FLUME, Rechtsgeschäft, 2. Aufl., S. 669; siehe auch: *ders.*, Festschrift, Bd. I, S. 135, 167.

[37] ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht, Bd. I/1, S. 104.

IV. Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Für das deutsche Rechtsgebiet fand die geschilderte Entwicklung mit dem «Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen» vom 9. Dezember 1976 (AGB-Gesetz)[38] einen vorläufigen Abschluss. Der Erlass klärt unter anderem auch die Geltungsgrundlage von AGB: Sie sind für die Beteiligten grundsätzlich verbindlich, wenn sie zum Vertragsbestandteil erhoben worden sind. Dies setzt nach § 2 des Gesetzes voraus, dass der Verwender beim Abschluss des Vertrages die andere Partei entweder ausdrücklich auf die AGB hinweist oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsabschlusses nur unter unverhältnismässigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsabschlusses sie hervorhebt. Der Kunde muss mit der Geltung der AGB einverstanden sein. Gültigkeitsvoraussetzung bildet überdies, dass der Kunde in zumutbarer Weise vom Inhalt der Bedingungen Kenntnis erlangen kann.

§ 9 Die Geltung der AGB nach der neueren schweizerischen Literatur

Auch in der schweizerischen Doktrin besteht über die Geltungsgrundlage von AGB keineswegs eine gesicherte, einheitliche Auffassung. Auf einen früheren Protagonisten der objektiven Normentheorie wurde bereits hingewiesen[1]. Während heute die meisten Autoren auf dem Boden der rechtsgeschäftlichen Geltungstheorie stehen[2], besteht nach KLEINER eine generelle Präsumption, wonach derjenige, der einen Vertrag mit einem Partner schliesst, der erfahrungsgemäss nur gestützt auf Geschäftsbedingungen kontrahiert, sich den darin enthaltenen Regeln unterwirft. Ihr «Bestand als Vertragsrecht [wird] aus dem Gewohnheitsrecht» hergeleitet[3]. Diese Äusserung muss offenbar so verstanden werden, dass sich zwar nicht die Geltung der AGB als solche, aber doch die Erhebung der vom Verwender jeweils verwendeten Bedingungen zum Vertragsinhalt gewohnheitsrechtlich legitimiere. Gewohnheitsrecht soll demnach sein, dass der Einzelvertrag auf der Grundlage der jeweiligen AGB gelte. Auf eine

[38] Bundesgesetzesblatt *1976* Teil I S. 3317ff. Dazu REHBINDER, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verbraucherschutz, SJZ *73* (1977) 36ff.

[1] Oben, S. 39.

[2] Für viele: MERZ, Länderbericht Schweiz, S. 72; GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, S. 119f.; NAEGELI, AGB, S. 16; NORDMANN, Le contrat d'adhésion, S. 57ff.

[3] KLEINER, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, S. 10f. Zur Kritik: unten, S. 106ff.

besondere Einigung über die Einbeziehung der Geschäftsbedingungen kann nach dieser Auffassung verzichtet werden[4].

Auch RUSCA[5], der die Geltung der AGB zwar grundsätzlich ebenfalls auf das Rechtsgeschäft zurückführt, meint, dass derjenige, der mit einem Partner kontrahiert, der erfahrungsgemäss nur gestützt auf Geschäftsbedingungen abschliesst, sich diesen Regeln unterwerfe. Die Geltungsgrundlage soll hier unmittelbar in Treu und Glauben[6], im Schutz der berechtigten Erwartung des Verwenders liegen. AGB seien infolge ihrer «wesensbedingten Eigenart und Zweckbestimmung in ganz besonderer Weise geeignet, die Anwendung dieses Rechtsgrundsatzes nicht allein wünschenswert, sondern zu einem absoluten Erfordernis zu machen»[7].

Schliesslich soll nach JÄGGI[8] die vom Verwender vorgeformte «überindividuelle Veranstaltungs- und Leistungsordnung» gelten, unabhängig davon, ob sie dem Kunden bekannt war und ob er ihr zugestimmt hat, wenn der Einzelvertrag als solcher sich auf eine «überindividuelle Leistung» bezieht. Hier soll es bereits genügen, dass der Parteiwille sich auf die Begründung des Vertragsverhältnisses bezieht.

2. Abschnitt: Die Rechtsnatur der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die beschriebenen Unklarheiten und Divergenzen in der Beurteilung der Rechtsnatur und damit der Geltung von AGB haben ihre Ursache zu einem guten Teil darin, dass man bei der Qualifikationsfrage oftmals von wenig klaren Vorstellungen über die mit dem Problem der Geltung zusammenhängenden Fragen ausgeht. Insbesondere bei den Vertretern der objektiven Normentheorie zeigt sich, dass Geltung und Wirksamkeit oft miteinander verwechselt werden. Es soll daher, bevor wir zur abschliessenden Beantwortung des Qualifikationsproblems schreiten, darum gehen, diese Zusammenhänge kurz zu skizzieren.

4 Vgl. KLEINER, a.a.O., S. 10.
5 RUSCA, Rechtliche Tragweite der AGB der schweizerischen Banken, WuR *1957* 211ff., 215.
6 RUSCA, a.a.O., S. 217, 218.
7 RUSCA, a.a.O., S. 217f.
8 JÄGGI, Kommentar zu Art. 1 OR, N 480.

I. Recht und Geltung

A. Das Recht als Normensystem

Hans Kelsen kommt das Verdienst zu, als erster die Rechtsordnung insgesamt konsequent und nach dem Postulat der Methodenreinheit als Normenordnung[1], d. h. als ein System hierarchisch gegliederter, objektiv verbindlicher Sollenssätze, gedeutet zu haben. Diese normative Betrachtungsweise hat sich heute, ungeachtet der zahllosen Kontroversen über Einzelfragen, mangels einer überzeugenden Alternative in der Rechtswissenschaft weitgehend durchgesetzt.

Als Norm[2] stellt sich nach der Kelsenschen Konzeption jeder Sinn eines Willensaktes dar, wenn ihm die Eigenschaft, gesollt zu sein, nicht bloss subjektiv, vom Standpunkt des Wollenden aus, sondern auch objektiv[3] zukommt. Dabei ist der Willensakt, der die Norm konstituiert, streng von der Norm als solcher zu unterscheiden: Jener stellt einen Seinssachverhalt dar, während es sich bei dieser um ein Sollen handelt. Die Norm stellt den vergegenständlichten Sinn des Willensaktes dar.

Rechtsnormen haben keine selbständige, autonome Existenz. Sie beziehen nicht bloss ihre Geltung[4], sondern auch ihren Entstehungsgrund aus dem Systemzusammenhang. Die einzelne Rechtsnorm ist nämlich mit dem übrigen System dadurch verbunden, dass einerseits ihre Erzeugung «durch eine andere Norm des Systems und in letzter Linie durch dessen Grundnorm bestimmt ist»[5]. Anderseits hat – abgesehen von jenen Vorschriften, die sich unmittelbar auf einen Vollstreckungsakt richten – jede Norm ihrerseits die Erzeugung einer weitern, in der logischen Sollenshierarchie untergeordneten Norm zum Gegenstand. Jede Norm richtet sich auf die Erzeugung eines relativ konkreteren Sollenssatzes, indem sie die Person des Erzeugers, das Verfahren oder den Inhalt der betreffenden spezielleren und konkreteren Norm umschreibt. Darin unterscheiden sich die individuellen[6] nicht von den generellen Normen. Bei der Bil-

[1] Die ersten Ansätze zu einer normativen Rechtsbetrachtung dürften auf den Rationalismus der Aufklärung zurückgehen.

[2] Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 4ff., S. 7ff.

[3] Einen hievon etwas abweichenden, weiteren Normenbegriff verwendet Eugen Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis. Nach seiner Terminologie kommt jeder von einem Menschen an einen andern gerichtete, dessen Verhalten betreffende Willensäusserung, jedem Befehl und jeder Aufforderung die «logische Struktur einer Norm zu», a. a. O., S. 46.

[4] Vgl. unten, S. 51ff.

[5] Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 239.

[6] Auch Gerichtsurteile, Verwaltungsverfügungen, Verträge etc. weisen die den Normen eigentümliche Struktur von Sollenssätzen auf.

dung der subalternen Norm wird zugleich die übergeordnete Norm, die die Erzeugung der untern ordnet, angewendet [7]. Jede Normsetzung ist daher zugleich auch Normanwendung. Die Unterscheidung zwischen rechtssetzenden und rechtsanwendenden Akten erweist sich daher nur für bestimmte Grenzfälle als zulässig, nämlich einenteils für die Setzung der Grundnorm [8], die als solche in normativer Hinsicht voraussetzungslos [9] ist und daher nicht zugleich Normanwendung sein kann. Andernteils ist diese Unterscheidung für reine Exekutionsakte relevant, die ihrerseits nicht Normsetzung, sondern ausschliesslich Normanwendung darstellen.

Demgegenüber kann selbstverständlich nichts dagegen eingewendet werden, zwischen der normsetzenden und der normanwendenden Dimension der Rechtsakte zu unterscheiden. Es handelt sich hierbei im Gegenteil um ein Verfahren, das zu Recht sehr häufig angewendet wird.

Die Rechtsordnung lässt sich somit wie jede andere Norm-Ordnung zutreffend als Stufenbau hierarchisch gegliederter Sollenssätze beschreiben, wobei die relativ höheren Vorschriften jeweils die Erzeugung der relativ niedrigeren Normen regeln. Der Normierungszusammenhang verläuft von der Grundnorm bis zur Vollstreckungshandlung.

Dabei vollzieht der Normverlauf der Rechtsordnung eine Bewegung sukzessiver Konkretisierung und Individualisierung. Die Hierarchie beschreibt ein Fortschreiten von generellen zu individuellen und von abstrakten zu konkreten Rechtsnormen. Die jeweils subordinierte Rechtsnorm weist gegenüber der jeweils höheren Vorschrift einen weitergehenden Grad an Konkretisierung auf. Die letzte Stufe der Konkretisierung erfährt die Rechtsordnung erst im Vollzug und nicht etwa bereits in dem den Vollzug anordnenden Rechtsakt.

B. Die Geltung der Rechtsnorm

1. Vorbemerkung

Mit «Geltung einer Norm» wird herkömmlicherweise ein überaus komplexes Phänomen bezeichnet, dessen widerspruchsfreie und sachadäquate Konstruktion mit unüberwindlichen Schwierigkeiten verbunden zu sein scheint.

Eugen Bucher versteht unter Geltung einer Norm deren Zurechnung zu einem bestimmten Normensystem. Geltung einer Rechtsnorm heisst darnach,

[7] Beim Erlass eines Gesetzes, also einer spezielleren Norm, wendet die gesetzgebende Instanz beispielsweise die Vorschriften der Verfassung an, die die Gesetzgebungskompetenz und das Gesetzgebungsverfahren und gegebenenfalls den Inhalt des zu erlassenden Gesetzes ordnen.

[8] Die Grundnorm ist zu unterscheiden von der positiven Verfassung. Sie könnte etwa lauten: «Die in der Verfassung statuierten Normen sollen befolgt werden.»

[9] Nicht voraussetzungslos überhaupt; vgl. unten, S. 53.

dass ein Willensinhalt einer bestimmten geltenden Rechtsordnung zugerechnet wird und damit als deren Bestandteil erscheint[10]. Daraus ergibt sich für ihn schlüssig die Relativität aller Normgeltung. Normen komme keine «absolute Normgeltung»[11], sondern bloss Geltung in bezug auf ein bestimmtes Normensystem zu.

Diese Auffassung krankt daran, dass sie nur einen Teil der dem Terminus der Geltung üblicherweise beigemessenen Bedeutung widerspruchsfrei zu deuten vermag. Namentlich das Element der faktischen Bedeutung wird völlig vernachlässigt. Die Geltungsweise der Rechtsnormen wird zudem gegenüber völlig privaten und subjektiven Willensinhalten in keiner Weise hervorgehoben.

Demgegenüber bedeutet «Geltung» bei KELSEN nicht ausschliesslich Zurechnung zu einem Normensystem. Zwar besagt auch bei ihm Geltung einer Norm etwas anderes als ihre tatsächliche Anwendung und Befolgung. Dies ergibt sich bei ihm aus der Sollensnatur der Norm, die daher aus logischen Gründen von der – tatsächlichen – Wirksamkeit geschieden werden muss. Immerhin gilt auch für KELSEN, dass zwischen Geltung und Wirksamkeit «ein gewisser Zusammenhang» besteht. Nach seiner Auffassung kann «eine Rechtsnorm als objektiv gültig nur angesehen werden, wenn das menschliche Verhalten, das sie regelt, ihr tatsächlich, wenigstens bis zu einem gewissen Grade, entspricht... Eine Rechtsnorm wird nicht mehr als gültig angesehen, wenn sie dauernd unwirksam bleibt[12].»

Damit ist m. E. das Verhältnis zwischen Geltung einerseits, normativer Geltung und faktischer Wirksamkeit andererseits, noch nicht zureichend erklärt. Das Element faktischer Wirksamkeit wird bei KELSEN einmal lediglich rein äusserlich zur normativen Geltung hinzugefügt. Ausserdem vermag eine solche Sicht nicht einleuchtend zu erklären, weshalb man einerseits selbst jenen – wenngleich nicht sehr zahlreichen – Rechtsnormen, deren Chance, sich tatsächlich durchzusetzen, sehr gering ist, objektive Geltung beimisst und man andererseits Willensakte beispielsweise gewisser mächtiger Verbrecherbosse nicht als objektiv verbindlich betrachtet, wiewohl die Gewähr ihrer Durchsetzung oftmals ungleich grösser ist als jene bestimmter rechtlicher Gebote. Schliesslich müsste nach dem KELSENschen Konzept einer individuellen Norm – etwa einem Gerichtsurteil oder einem Vertrag –, die vom Adressaten nicht befolgt wird und die Sanktion ausbleibt, jede Geltung abgesprochen werden. Damit im Zusammenhang steht das Problem, dass man nur «geltende» Normen anwenden kann, die «Geltung» der Norm umgekehrt aber u. a. von der faktischen Wirksamkeit abhängen soll. Die Crux einer einheitlichen Deutung des «Geltungs»-Phäno-

[10] BUCHER, a. a. O., S. 46 f.
[11] BUCHER, a. a. O., S. 47.
[12] KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 10 f.

menes liegt offenbar bei zwei Hauptproblemen: Einmal soll das Element faktischer Befolgung, also ein Seins-Tatbestand, schlüssig mit der normativen Geltung einer Norm verbunden werden. Sodann soll erklärt werden, weshalb man unter bestimmten Voraussetzungen dazu gelangt, gewisse (Rechts-)Normen trotz ihrer praktischen Wirkungslosigkeit als gültig zu betrachten und umgekehrt andern – subjektiven – Sollenssätzen trotz hoher sozialer Gültigkeit die objektive Gültigkeit abzusprechen.

2. Der normative Geltungs- und der faktische Wirksamkeitszusammenhang

Das «Geltungs»-Phänomen i.w.S. vereinigt in sich Elemente normativer Geltung i.e.S. und Elemente der faktischen Wirksamkeit.

Unter dem rein normativen Aspekt ist ausschliesslich die Zurechnung eines Sollenssatzes zu einer höheren Norm zu verstehen, deren Bestand zunächst als gegeben vorausgesetzt wird. Die normative Geltung kann folgendermassen exemplifiziert werden: C soll, da B befohlen und A eine Norm gesetzt hat, wonach B dem C befehlen kann. Die Zurechnung vermittelt demnach zunächst lediglich einen relativen Bestand der Norm, der bedingt ist durch die Geltung der höheren, vorausgesetzten Norm. Diese zunächst vorausgesetzte Norm bezieht ihre Geltung in analoger Weise aus der nächsthöheren Vorschrift[13]. Der Regress setzt sich fort bis zur Grundnorm, die nach dem KELSENschen Konzept schliesslich nicht mehr weiter begründbar ist, sondern vorausgesetzt werden muss.

In normativer Hinsicht besteht folglich eine Hierarchie von Normen, wobei die relativ niedrigere und konkretere Norm von der relativ höheren und abstrakteren abhängt; der normative Erzeugungszusammenhang verläuft hierarchisch von oben nach unten, von der Grundnorm hin zur Vollstreckungshandlung.

Genau umgekehrt verhält es sich mit der faktischen Wirksamkeit der gesamten Normenordnung. Der Wirksamkeitszusammenhang verläuft von unten nach oben. Eine auf den Vollzug gerichtete Norm ist darnach wirksam, wenn der Vollzug tatsächlich stattfindet. Die höhere Norm, durch die eine Behörde angewiesen wird, eine Vollzugsnorm zu setzen, und deren Sinn daher mittelbar auf den Vollzug ausgerichtet ist, ist wirksam, wenn die betreffende Instanz die Norm setzt, welche ihrerseits von der Vollstreckungsbehörde ausgeführt wird. Abgesehen von den unmittelbar eine Vollstreckung intendierenden Normen, beziehen somit alle Normen ihre Wirksamkeit von den jeweils unteren Normen und in letzter Hinsicht von der Vollstreckung.

[13] Die vorliegende Darstellung des Zusammenhanges von normativer Geltung und faktischer Wirksamkeit versteht sich nur als sehr summarische Skizze. Auf Detailfragen einzugehen würde den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen. Insbesondere kann zum Problem des derogierenden Gewohnheitsrechts nicht Stellung bezogen werden; vgl. dazu WALTER, Öst. JZ *1963* 225.

Die relativ höheren Normen sind nicht ausschliesslich, sondern nur unmittelbar auf die in der Delegationshierarchie folgende Norm, mittelbar jedoch auf die weiteren Normen und schliesslich – gegebenenfalls sehr abstrakt – auf den Vollzug der untersten Norm gerichtet. Daraus folgt, dass die betreffende relativ höhere Norm Wirksamkeit erst erlangt, wenn die Mehrzahl der nachgehenden Normen Anwendung finden. Umgekehrt lässt sich sagen, dass sich die Wirksamkeit einer bestimmten Norm durch die Anwendung der nachfolgenden Norm nur dann konstituiert, wenn bei der Setzung der untersten Normen das durch die höhere Norm vorausbestimmte Verfahren eingehalten worden ist. Nur dann kann die fragliche Norm als tatsächlich erfüllt betrachtet werden; nur dann ist sie wirksam.

Der geschilderte Wirksamkeitszusammenhang lässt sich bis hin zur Grundnorm verfolgen. Lautet die Grundnorm etwa: «Die durch die Verfassung statuierten Vorschriften sollen eingehalten werden», so erlangt sie dann und erst dann Wirksamkeit, wenn die Verfassungsvorschriften und die in Anwendung der Verfassung gesetzten Normen in ihrer Mehrheit erfüllt worden sind.

In der Grundnorm koinzidiert die faktische, rein tatsächliche mit der normativen Geltung. Die faktische Geltung setzt sich hier in normative Geltung um. Wenn eine Grundnorm «Die durch die Verfassung statuierten Vorschriften sollen eingehalten werden» faktisch wirksam wird, «gilt» sie. Der Geltungsgrund der Grundnorm ist rein faktischer Natur. Die normative Geltung der Grundnorm stellt somit eine Emanation ihrer faktischen Wirksamkeit dar. Dabei handelt es sich selbstverständlich nicht um eine logische Abhängigkeit der normativen Geltung von der faktischen Wirksamkeit; der Zusammenhang ist vielmehr sachlicher Natur.

3. Zur Geltung der einzelnen Rechtsnorm

Während, wie gezeigt, die Geltung eines Normensystems insgesamt von seiner faktischen Wirksamkeit abhängt, verhält es sich mit der einzelnen Norm etwas anders: Hier bildet Wirksamkeit nicht Voraussetzung der Geltung. Eine Norm kann daher auch gelten, wenn sie nicht wirksam ist. Dass Wirksamkeit nicht «conditio sine qua non» der Geltung einzelner Normen bilden kann, ergibt sich aus folgender, bereits angesprochenen Überlegung: Würde nämlich faktische Wirksamkeit als Geltungsvoraussetzung der einzelnen Normen aufgefasst, müsste dies zum Dilemma führen, dass individuelle Normen – richterliche Urteile[14], Verwaltungsverfügungen oder aufgrund subjektiver Rechte erho-

[14] Vgl. zum richterlichen Urteil als individueller Rechtsnorm: KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 20. Demgegenüber bezeichnet HELM nur jene Regeln als Normen, die einen von aussen regulierenden, gleichordnenden Einfluss auf das Verhalten von Personen haben: Normative Theorie, S. 127.

bene Ansprüche – immer schon mit ihrer tatsächlichen Missachtung durch die Adressaten und damit mit ihrer faktischen Wirkungslosigkeit ihre Geltung einbüssen. Nichtbefolgung individueller Normen hätte alsdann deren Untergang zur Folge[15]. Die Abwegigkeit eines solchen Ergebnisses liegt auf der Hand: Eine solche Konzeption würde es verunmöglichen, sinnvoll überhaupt von der Verletzung individueller Normen zu sprechen.

Wenn die faktische Wirksamkeit also nicht als konstitutives Merkmal der Geltung der einzelnen Normen verstanden werden darf und die Wirksamkeit somit nicht Geltungsbedingung darstellt, kann faktische Wirksamkeit auch nicht Geltung einer Norm bewirken. Wirksamkeit bedeutet daher nicht Geltung. Das Problem der Wirksamkeit ist gegenüber der Frage nach der Geltung der einzelnen Norm indifferent.

Die Geltung der einzelnen Rechtsnorm beruht einzig auf der Zurechnung zum Rechtsnormensystem[16]. Ob eine Norm dem Rechtsnormensystem zugerechnet werden kann, beurteilt sich darnach, ob sie in Übereinstimmung mit dem in einer höheren Norm vorgesehenen Verfahren zustande gekommen ist. Ein Zurechnungszusammenhang wird mit anderen Worten dadurch hergestellt, «dass die Norm, deren Geltung in Frage steht, gestützt auf einen zur Normsetzung ermächtigenden übergeordneten Satz der fraglichen Rechtsordnung erlassen wird»[17]. Die Frage nach der Geltung einer bestimmten Norm besteht somit immer in der Frage nach der Delegationsnorm.

C. Zur rechtlichen Geltung von Verträgen

1. Grundsatz

Das Verständnis des Rechts als Stufenbau hierarchisch geordneter Sollenssätze kann nicht bloss für das sogenannte objektive Recht Geltung beanspruchen, sondern auch für die von den Privaten gestalteten Rechtsbeziehungen. Bei genauer Betrachtung lässt sich nämlich hinsichtlich der Art der Rechtsgeltung kein grundsätzlicher Unterschied zwischen «objektivem» und dem durch Private gestalteten Recht erkennen. Vertragliches Recht wird der Rechtsordnung ebenfalls infolge eines Delegationsverhältnisses zugerechnet. Diesen Zurechnungszusammenhang bringt Art. 1134 al. 1 des französischen Code civil treffend

[15] Da Geltung die spezifische Existenz der Normen darstellt, bedeutet Geltungsverlust automatisch auch Existenzverlust, vgl. hiezu KELSEN, a. a. O., S. 9.

[16] A. A. KELSEN, a. a. O., S. 10. ff.: «Ein Minimum an sogenannter Wirksamkeit ist eine Bedingung (der) Geltung.» «Eine Rechtsnorm wird nicht mehr als gültig angesehen, wenn sie dauernd unwirksam bleibt.»

[17] BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, S. 47. Zur Unterscheidung zwischen normativer und soziologischer Geltung: REHBINDER, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, S. 62 ff. und 98 ff.

zum Ausdruck: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.» Er liegt indessen – unausgesprochen – auch den übrigen Rechtsordnungen zugrunde. Für das schweizerische Recht liegt die massgebende Verfahrensbestimmung in Art. 1 ff. OR. Dies ist im Marginale zu Art. 1 OR angedeutet: «Abschluss des Vertrages» [18].

Rechtliche Geltung von Verträgen bedeutet nach dem Gesagten nichts anderes als die Zurechnung des Vertragsinhaltes zur Rechtsordnung [19]. Im Einzelfall kann diese Zurechnung von bestimmten Voraussetzungen, die die Rechtsordnung bei der Umschreibung des Delegationstatbestandes selber festlegt, abhängig sein: In negativer Hinsicht ist gemäss schweizerischem Recht die Zurechnung etwa davon abhängig, dass die in einem wesentlichen Irrtum sich befindende Vertragspartei sich nicht auf die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages beruft; in positiver Hinsicht wäre die Geltung etwa dadurch bedingt, dass der gesetzliche Vertreter der urteilsunfähigen unmündigen Partei dem Rechtsgeschäft zustimmt und damit die blosse Anwartschaft in ein Forderungsverhältnis umwandelt oder dass die Parteien bei formbedürftigen Verträgen ihre Willenserklärungen in die entsprechende Solemnitätsform kleiden.

Mit der Zurechnung des Vertrages zum Rechtssystem wird der gegenseitig geäusserte übereinstimmende Wille der Beteiligten unmittelbar zum Rechtsinhalt erhoben. Die Rechtsordnung kann indessen die Zurechnung privater Vereinbarungen aus gewissen Gründen hindern: Sie wird dies etwa dann tun, wenn der Willensinhalt der Beteiligten in qualifizierter Weise dem der übrigen Rechtsordnung zugrunde liegenden Wertsystem widerspricht, namentlich wenn er auf die Herbeiführung eines unsittlichen oder widerrechtlichen Erfolges gerichtet ist.

2. Zur Normenstruktur der Verträge insbesonders

Eugen Bucher hat in seiner Analyse des subjektiven Rechts [20] zutreffend festgestellt, dass Schuldverträge – vielleicht abgesehen von den Verfalltags- und den Fixgeschäften – für die Beteiligten keine unmittelbaren Verhaltenspflichten schaffen [21]. Schuldverträge begründen danach lediglich subjektive Rechte, also Befugnisse, durch Ausübung dieser Rechte für den Adressaten verpflichtende, also von Rechtes wegen gültige Vorschriften zu erlassen [22].

[18] Jäggi, Kommentar zu Art. 1 OR, N 89: «Gemäss dem Vertragswillen wird die Rechtslage gestaltet... Das Gesetz hält diese Hauptwirkung nicht eigens fest, erwähnt sie aber eher beiläufig in Art. 10.» Nach Jäggi, a. a. O., N 8, setzt Art. 10 OR die Rechtswirkungen, die der Tatbestand Vertrag auslöst, voraus. Vgl. hiezu auch Flume, Rechtsgeschäft, S. 602.

[19] Die faktische Wirksamkeit des Normensystems kann im allgemeinen ohne weiteres vorausgesetzt werden.

[20] Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis.

[21] Bucher, a. a. O., S. 88.

[22] Bucher, a. a. O., S. 89.

Unzulässig wäre indessen der Schluss, Verträge hätten deshalb, weil sie nicht unmittelbare, sondern bloss potentielle Pflichten begründen, überhaupt nicht normative Struktur[23]. Die Auffassung, nach der der Vertrag nicht selbständige Norm, sondern bloss Normerzeugungstatbestand sein soll, beruht darauf, dass sie den Vertrag als besondere und selbständige Stufe in der Hierarchie der Rechtsordnung übersieht. Abgesehen davon, dass Verträge sich gar nicht anders denn normativ denken lassen, ist darauf hinzuweisen, dass der Vertrag zu jener Norm, die in Ausübung des durch ihn eingeräumten subjektiven Rechts gesetzt werden soll, in einem Verhältnis sukzessiver Konkretisierung steht[24]. Das Vertragsverhältnis beschreibt den Umfang der potentiellen Verpflichtungen, den Bereich mithin, innerhalb dessen die vom Berechtigten gesetzten Normen der Rechtsordnung zugerechnet werden. Es schafft somit für beide[25] Parteien einen Pflichtbereich, der sich allerdings nicht auf ein genau fixiertes Verhalten bezieht und der noch nicht endgültiger Natur ist. Nichtsdestoweniger stellt der Vertrag (und nicht etwa die gesetzliche Vorschrift, die den Verträgen Geltung verleiht) die Norm dar, mittels der der in Ausübung des subjektiven Rechts gesetzte Sollenssatz der Rechtsordnung zugerechnet wird[26].

In der Mittelbarkeit der statuierten Pflichten unterscheidet sich der Vertrag übrigens nicht von jenen objektiven Rechtsnormen, die einem bestimmten Befugten subjektive Rechte verleihen: Auch hier sind die aus diesen Rechten Verpflichteten nur potentiell verpflichtet. Auch hier bedürfen die fraglichen Pflichten sowohl der Konkretisierung als auch der Aktualisierung. Wenn man die normative Struktur der Verträge grundsätzlich in Zweifel ziehen will, müsste dies konsequenterweise auch auf die rechtslogische Konzeption der genannten objektiven Rechtsnormen Folgen zeitigen.

[23] BUCHER scheint sich in diesem Punkt etwas unklar zu äussern. Auf S. 87 sagt er, Rechtsgeschäfte hätten keine normative Struktur. Auf der gleichen Seite schreibt er, es liege auf der Hand, dass Verträge, Körperschaftsstatuten usw. normativen Gehalt hätten.

[24] BUCHER selber schildert dieses Verhältnis auf S. 89, ohne jedoch die hier gezogenen Folgerungen zu ziehen: «Genau wie Gesetze können auch Verträge das Verhalten der vertraglich verpflichteten Parteien nicht in allen Einzelheiten festlegen, sondern müssen die näheren Umstände der Vertragserfüllung dem Gutdünken der aus dem Vertrag berechtigten Parteien überlassen.»

[25] Wenigstens bei den beidseitig verpflichtenden Verträgen.

[26] REHBINDER, AGB und die Kontrolle ihres Inhaltes, S. 18: «Es gibt auch die rechtsgeschäftliche Norm. Diese ist im Vergleich zur Norm des gesetzten Rechts, die gewöhnlich generell und abstrakt gefasst ist, oft individuell und konkret. Aber in der Struktur als Norm, als Sollenssatz, ist sie gleich ... Die individuelle und konkrete Fassung betrifft nur den Anwendungs- und Geltungsbereich der Norm, berührt aber nicht ihre Gestalt als Regelsatz.» Dem ist vorbehaltlos beizustimmen. Vgl. auch LARENZ, Allgemeiner Teil des BGB, S. 498. Nach HELM sind AGB «Normen mit bedingter Rechtsgeltung»: Die Geltung beruht «nicht auf einem legitimen Rechtssetzungsakt, sondern auf dem Unterwerfungsvertrag»: Normative Theorie, S. 146.

§ 11 Die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

I. Die Verbindlichkeit der AGB

Nachdem die theoretischen Zusammenhänge zwischen Geltung und Wirksamkeit objektiver und vertraglich zustande gekommener Normen in aller Kürze dargestellt worden sind, soll es nun darum gehen, die Frage nach den Geltungsvoraussetzungen der AGB einer näheren Analyse zu unterziehen.

Von den vorausgeschickten Überlegungen ist zunächst einmal die Einsicht wesentlich, dass faktische Wirksamkeit einzelner Sollenssätze nicht massgebendes Kriterium für die Beantwortung der Frage ihrer Zurechnung zum Rechtsnormensystem und damit ihrer Rechtsgeltung bilden kann. An diesem entscheidenden Punkt muss die Kritik an der vom späten Reichsgericht[1] vertretenen und durch den BGH[2] und einzelnen deutschen Autoren anfänglich übernommenen Auffassung, die die AGB als «fertig bereitliegende Rechtsordnung» charakterisierte, ansetzen. Dort wurden AGB infolge ihrer tatsächlichen Verbreitung und ihrer tatsächlichen Wirksamkeit als geltend betrachtet.

Die Antwort auf die Frage nach der Geltung der AGB besteht demnach im Nachweis einer vom Standpunkt der Rechtsordnung aus gültigen Zurechnungsnorm, einer Delegationsnorm.

II. Grundsatz und allgemeine Delegationsnorm

Ohne besonderen Vorbehalt fehlt den Parteien des Einzelvertrages in aller Regel die Befugnis, durch einseitige Willenserklärung dessen Nebenfolgen zu normieren. Dies ist eine Auswirkung der rechtlichen Koordination der Privatrechtssubjekte. Aus diesem Umstand folgt der Grundsatz, dass AGB für den einzelnen Vertrag nur dann verbindlich werden, wenn beide Parteien sich damit einverstanden erklärt haben. Dies wird von der Doktrin und der Rechtsprechung heute fast allgemein anerkannt[3]. Die automatische Massgeblichkeit für die Ordnung der Einzelverträge wird in der schweizerischen Lehre und Recht-

[1] RG DR *1941* 1210, vgl. oben, S. 40.

[2] BGHZ *1* 83; vgl. oben S. 44. Vgl. dazu die Kritik Rehbinders an der «soziologischen Betrachtungsweise»: AGB und die Kontrolle ihres Inhaltes, S. 15 ff.

[3] Vgl. für die Schweiz: Naegeli, a. a. O., S. 16; Auer, Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, S. 1 ff.; Stockar, Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, S. 4; Merz, Länderbericht Schweiz, S. 72; Nordmann, Le contrat d'adhésion, S. 57; Bühler, SJZ *72* (1976) 1 ff.; Patry, Les contrats d'adhésion, ZBJV *91bis* 386 f.; Bauer, a. a. O., S. 34 ff. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung impliziert diesen Grundsatz in: BGE 77 II 154, *83* II 522, *87* II 234, *87* I 57; vgl. auch ZR *62* (1963) Nr. 38; SJZ *1957* 77. Zur deutschen Rechtsprechung: vgl. Nachweise bei Schmidt-Salzer, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 111. Vgl. auch Fikentscher, Schuldrecht, 5. Aufl., S. 100, und AGB-Gesetz, § 2.

sprechung praktisch allgemein abgelehnt[4]. Die rechtliche Geltung der AGB hängt von der Einigung der am Einzelvertrag beteiligten Parteien über die Einbeziehung der vorformulierten Klauseln in den Einzelvertrag ab. Die allgemeine Delegationsnorm liegt daher in Art. 1 OR.

III. Besondere Delegationsnormen

A. Art. 37 IV Arbeitsgesetz

Nach der hier verwendeten Bestimmung des Rechtsbegriffs der AGB, die alle Tatbestände generell und abstrakt formulierter Klauseln umfasst, die zum voraus und ohne Bezugnahme auf einen konkreten Vertrag aufgestellt werden und die nach dem Willen des Verwenders eine unbestimmte Vielzahl künftiger Verträge regeln sollen, sind auch Betriebsordnungen im Sinne der Art. 37 ff. ArbG als AGB zu qualifizieren. Art. 37 IV ArbG ermächtigt den Arbeitgeber, nach Anhören der Arbeitnehmer durch einseitige Erklärung eine Betriebsordnung zu erlassen[5]. Der Arbeitgeber erhält damit die Befugnis, «das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb, die Gesundheitsvorsorge und die Unfallverhütung, die Lohnperiode, die Auszahlungsweise sowie die Kündigungstermine zu regeln». Ob die Betriebsordnung darüber hinaus noch weitere Nebenpunkte des Arbeitsvertrages regeln kann, ist in der Literatur kontrovers[6].

B. Art. 35 Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag

In beschränktem Umfang verleiht Art. 35 VVG dem Versicherungsnehmer eine originäre heteronome Normsetzungsbefugnis: Werden im Laufe der Vertragsdauer die Allgemeinen Versicherungsbedingungen des Versicherers abgeändert, so kann er durch einseitige Erklärung die Fortsetzung des Versicherungsverhältnisses auf der Grundlage der neuen Bedingungen verlangen[7]. Art. 35 VVG enthält demnach eine Ausnahme von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Zustandekommen und Abänderung von Vertragsverhältnis-

[4] Abweichend noch WANNER, Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der schweizerischen Grossbanken, S. 162, und zum Teil die oben, S. 48 ff., genannten Autoren.

[5] Daneben ist es auch möglich, die Betriebsordnung zwischen dem Arbeitgeber und frei gewählten Vertretern der Arbeitnehmerschaft zu vereinbaren. Vgl. Art. 37 IV ArbG. Vgl. auch Art. 321 d und 524 III OR.

[6] Dafür: HUG, Kommentar zum Arbeitsgesetz, S. 284 ff., der einen obligatorischen und einen fakultativen Inhalt der Betriebsordnung unterscheidet. Dagegen: CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz, S. 91; WEGMANN, in Schweiz. Arbeitgeberzeitung *1968* 595.

[7] Vgl. dazu unten, S. 111.

sen zwischen Privaten. Die Anwendbarkeit der neuen Versicherungsbedingungen bedarf nicht auch der Zustimmung des Versicherers [8].

C. Verträge von «überindividuellem» Gepräge

JÄGGI [9] betrachtete «überindividuelle Veranstaltungs- und Leistungsordnungen» unabhängig davon, ob sie vereinbart worden sind oder nicht, als für die Parteien des Einzelvertrages verbindlich. Hier soll es nach seiner Auffassung bereits genügen, dass die Begründung des Vertragsverhältnisses als solches gewollt ist. Als «überindividuell» werden beispielsweise Verträge bezeichnet, die sich auf die Benützung einer nicht dem öffentlichen Recht unterstehenden Publikumsanstalt – private Trinkwasserversorgung oder Badeanstalt – oder auf die Mitbenützung einer technischen Einrichtung – etwa einer Tiefkühlanlage – oder schliesslich auf den Zutritt zu einer Publikumsveranstaltung beziehen.

Diese Auffassung lässt sich in Anbetracht des Fehlens einer objektiv-rechtlichen Bestimmung, die den Verwender in solchen Fällen originär zu einseitiger Normsetzung ermächtigt, nicht halten. Es fehlt an einem Delegationstatbestand. Diese Tatsache vermag auch ein Bedürfnis nach «automatischer» Verbindlichkeit der Leistungsordnung nicht aus der Welt zu schaffen. Im übrigen zeigen gerade die bei JÄGGI angeführten Fälle, dass eine besondere Vereinbarung der Nebenbedingungen auch bei «überindividuellen Leistungen» nicht nur möglich, sondern für den Verwender auch zumutbar ist: Die Mitbenutzung einer gemeinschaftlichen Tiefkühlanlage oder einer Wasserversorgung kann von der Unterzeichnung einer Benutzungsordnung abhängig gemacht werden; auch bei Badeanstalten und bei Publikumsveranstaltungen stehen der vertraglichen Vereinbarung der Anstaltsordnungen keine unüberwindlichen Hindernisse entgegen.

IV. Folgen der misslungenen Integration

Ergibt es sich im Einzelfall, dass eine Übereinstimmung der Willensäusserungen der Parteien hinsichtlich der Einbeziehung der AGB nicht vorliegt, und fehlt es an einer besonderen Delegationsnorm, so ist mit Bezug auf die AGB Dissens anzunehmen. Nach herrschender Auffassung [10] zieht der fehlende Kon-

[8] AGB mit objektiver Normennatur im deutschen Recht: STEIN, AGB-Gesetz, S. 55 ff.

[9] JÄGGI, Kommentar zu Art. 1 OR N 480; vgl. auch oben, S. 49 f.

[10] JÄGGI, a. a. O., N 483 zu Art. 1 OR; FLUME, Rechtsgeschäft, S. 676; MEESKE, Betriebs-Berater *1959* 860 Anm. 57; NAEGELI, AGB, S. 81 ff.; BYDLINSKI, Privatautonomie, S. 214; RAISER, AGB, S. 153, und umfassend: NAENDRUP, Die Teilnichtigkeit im Recht der AGB. Für das deutsche Recht ist dieser Grundsatz nun in § 6 AGB-Gesetz positiviert worden. STEIN, AGB-Gesetz, S. 77 und 95 ff.; ULMER/BRANDNER/HENSEN, N 1 ff. zu § 6; SCHLOSSER/GRABA, N 1 ff. zu § 6.

sens über die Geltung der AGB nicht die gänzliche Ungültigkeit des Individualvertrages nach sich. Dieser ist vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen mittels Rückgriff auf den hypothetischen Parteiwillen [11] und gegebenenfalls unter Beizug subsidiären Gesetzesrechts zu ergänzen. Dabei ist die Autonomie der Parteien möglichst weitgehend zu respektieren. Wegleitend ist zunächst die Ratio, das Ziel und der Zweck des Vertrages. Erst wenn sich die Ergänzung nicht mehr aus dem Vertrag selbst ableiten lässt, darf die Lücke mittels dispositivem Gesetzesrecht ausgefüllt werden [12].

V. Zur rechtlichen Bedeutung des Aufstellungsaktes

Im Bemühen, die Kontrolle des Inhaltes von AGB dogmatisch zu fundieren, gelangte LUKES [13] zur Auffassung, die Aufstellung von AGB sei als Rechtsgeschäft zu qualifizieren. In der Begründung seiner These geht er davon aus, dass der Aufstellungsakt durch mehrere Beteiligte als Vertrag und damit als Rechtsgeschäft anzusprechen sei. Da unter Rechtsgeschäft traditionellerweise das Wollen eines rechtlichen Erfolges und die Sanktion des gewollten Erfolges durch die Rechtsordnung [14] verstanden werde, sei mit der Anerkennung der «Richtlinienverträge» als Rechtsgeschäfte auch die Anerkennung der Richtlinien oder Regeln als rechtserheblicher Erfolg verbunden, woraus sich auf die rechtsgeschäftliche Natur der Regeln und Richtlinien schliessen lasse. «Wenn aber die Willensübereinkunft zwischen mehreren, die nur und ausschliesslich auf die Festsetzung solcher Regeln oder Richtlinien – also damit auch von AGB – gerichtet ist, deshalb ein Rechtsgeschäft darstellt, weil diese Regeln ein Rechtserfolg sind, dann müssen diese Überlegungen auch bei der Aufstellung solcher Regeln durch einen einzelnen eingreifen [15].» Auch die von einem einzelnen Rechtssubjekt aufgestellten Regeln und Richtlinien, die sich auf seinen Rechtsgeschäftsverkehr beziehen, müssten dann einen Rechtserfolg darstellen, nicht anders als die mehrseitig festgelegten. «Da dieser Rechtserfolg von einem einzelnen Rechtssubjekt gewollt ist, muss seine Regelaufstellung ein Rechtsgeschäft und zwar notwendig ein einseitiges Rechtsgeschäft sein [16].»

Dieser von LUKES vertretenen Auffassung ist indessen mit Entschiedenheit zu widersprechen. Sie beruht auf einem logisch inkohärenten [17] Gedankengang:

[11] BGE *64* II 235 f., *83* II 308 f.

[12] YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, ZBJV *97* (1961) 41 ff.; MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N 152. Nach § 6 Abs. 2 ABG-Gesetz ist unmittelbar Gesetzesrecht anzuwenden.

[13] LUKES, Gedanken zur Begrenzung des Inhaltes allgemeiner Geschäftsbedingungen, Festschrift Hueck, S. 459 ff.

[14] Dazu: ENNECERUS/NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des BGB, 14. Aufl., S. 604 ff.

[15] LUKES, a. a. O., S. 478.

[16] LUKES, a. a. O., S. 478.

[17] Es liegt eine klassische «quaternio terminorum» vor.

LUKES geht von der an sich zutreffenden Feststellung der Verbindlichkeit[18] von mehrseitig aufgestellten «Regeln» und «Richtlinien» aus[19]. Er hypostasiert diese Feststellung jedoch sogleich, indem er den auf rechtliche Wirkungen abzielenden Willen und einen nicht näher bestimmten «rechtlichen Erfolg» als die Konstituanten des Rechtsgeschäftsbegriffes bezeichnet. Schliesslich vermengt er in unzulässiger Weise die aus der Rechtsnatur der Normenverträge beigezogene Sanktion durch die Rechtsordnung mit «Richtlinien» und «Regeln» im Sinne von abstrakten Sollenssätzen unter Vernachlässigung der Frage der Geltung und subsumiert beides unter den Terminus des «rechtlichen Erfolges», der einen der Konstituanten des Rechtsgeschäftsbegriffes. Unter solchen Prämissen lässt sich der rechtsgeschäftliche Charakter auch einseitig aufgestellter AGB selbstverständlich einwandfrei herleiten!

Solches Argumentieren heisst indessen den tatsächlichen normlogischen Verhältnissen Gewalt antun. LUKES vernachlässigt massgebende strukturelle Gesamtzusammenhänge. Die Analyse der rechtlichen Natur der unabhängig vom Einzelvertrag aufgestellten AGB hat bei der Frage nach einer allfällig in Betracht kommenden Delegationsnorm anzusetzen. Von da her wird man den Ausgangspunkt des Problems richtigerweise so formulieren, dass das objektive Recht übereinstimmenden gegenseitigen Willenserklärungen, die sich auf eine rechtliche Wirkung beziehen, Geltung verleiht, sie mit anderen Worten der Rechtsordnung zurechnet. Insoweit delegiert die objektive Ordnung Rechtssetzungskompetenz an Private. Rechtssetzung kann sich auf diese Weise jedoch nur in Einhaltung der «Verfahrensvorschriften», also der gegenseitigen Willensübereinstimmung, vollziehen. Demgegenüber ist die Frage, ob die Normierung konkreten oder abstrakten Gehalt habe, in diesem Zusammenhang völlig zweitrangig. Da für eine einseitige Aufstellung soweit ersichtlich kaum Zurechnungsnormen bestehen[20], erfüllt sie grundsätzlich keinen Ermächtigungstatbestand der objektiven Ordnung und wird dieser daher auch nicht zugerechnet. Eine rechtliche Sanktion des Willens fällt daher ausser Betracht.

Aus diesem Grunde muss es bei der Feststellung bleiben, dass «Normen-»[21] und Richtlinienverträge Rechtswirkungen ausschliesslich für die daran Beteiligten und allenfalls mittelbar für Mitglieder der am Normenvertrag beteiligten Verbände schaffen. Schuldinhalt bildet – abgesehen von den durch Verbände

[18] Zum Inhalt der Verpflichtung: vgl. unten, S. 98.

[19] Unzutreffend ist lediglich die Übertragung der vertraglichen und damit rechtsgeschäftlichen Natur auch auf Aufstellungsvorgänge, wo die inskünftige Anwendung nicht vereinbart wird. Alsdann liegt nämlich keine auf rechtsgeschäftliche Folgen, auf eine Verpflichtung gerichtete Willenserklärung vor: Ein Rechtsgeschäft liegt dann auch nach der von LUKES akzeptierten Begriffsbestimmung nicht vor.

[20] Ausnahmen oben, S. 59f.

[21] Der Name ist hier zum vorneherein unglücklich gewählt: Alle Verträge schaffen wenigstens mittelbare Sollenssätze und damit Normen, vgl. oben, S. 56f.

abgeschlossenen Verträgen – nicht eine Verpflichtung der Beteiligten, spätere Einzelvertragsverhältnisse auf der Grundlage der vereinbarten Bedingungen abzuschliessen. Eine solche Verpflichtung wäre – unter Vorbehalt der Fälle des Kontrahierungszwanges der einen Partei – nicht erzwingbar, da jeder Vertragspartner die Nichtanwendung der vorher vereinbarten bzw. die Anwendung anderer AGB zur Bedingung für den Abschluss des Vertrages machen könnte. Schuldinhalt des «Normenvertrages» bildet vielmehr die Verpflichtung der Parteien, die abstrakt vereinbarten AGB gegen sich gelten zu lassen, wenn beim Abschluss des Hauptvertrages hinsichtlich der AGB kein «contrarius consensus» zustande kam [22].

Lukes' Lehre vom rechtsgeschäftlichen Charakter des einseitigen Aufstellungsaktes wird in der Wissenschaft heute im grossen und ganzen abgelehnt. Der Aufstellungsakt als solcher zeitigt für sich allein noch keine rechtlichen Folgen; er ist reine Vorbereitungshandlung [23], ein rechtliches Nihil [24]. Aus diesem Grunde finden auf ihn die gesetzlichen Vorschriften über Willensmängel, Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung usw. noch nicht Anwendung.

VI. Der normative Charakter des AGB-Inhaltes

Als Bestandteil von Verträgen sind AGB-Inhalte gleich jenen ebenfalls normativer Natur, soweit sie überhaupt rechtlich relevant sind [25]. Sie stellen ebenfalls Regelsätze, mit Imperativcharakter ausgestattete Anweisungen für menschliches Verhalten dar [26]. Sie statuieren mittelbare oder unmittelbare Verhaltenspflichten für die eine und damit auch entsprechende Rechte für die andere Vertragspartei. Dies wird etwa in Art. 3 Abs. 7 der SIA-Norm 118 (1962) deutlich:

«Die gleichzeitig auf der Baustelle beschäftigten Unternehmer haben aufeinander Rücksicht zu nehmen und entsprechende Anordnungen der Bauleitung zu befolgen.»

[22] Ebenso Werner Hurst, Inwieweit kann Gesetzesrecht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen abbedungen werden?, S. 144.

[23] Vgl. Weber, AGB, S. 315; Raiser, AGB, S. 109.

[24] Nörr, Rechtsnatur, S. 92. In der Sache gleich: Fikentscher, Schuldrecht, 5. Aufl., S. 100; Manfred Wolf, Normsetzung durch private Institutionen?, Juristenzeitung *1973* 231 f.; Huhn, AGB, S. 193; Helm, Normative Theorie, S. 130.

[25] Oftmals enthalten AGB rechtlich Irrelevantes. So bestimmt Art. 3 Abs. 1 der SIA-Norm 118 (1976), dass Werkverträge schriftlich, mündlich oder konkludent abgeschlossen werden können. Dieser Aussage fehlt angesichts des bereits im objektiven Recht verankerten Grundsatzes der Formfreiheit jede eigenständige rechtliche Bedeutung.

[26] Vgl. dazu Rehbinder, AGB und die Kontrolle ihres Inhalts, S. 18, und *ders.*, Das Kaufrecht in den AGB der deutschen Wirtschaft, S. 18 ff., 20; Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 261; Ross, Theorie der Rechtsquellen, S. 424 f.; Larenz, Allgemeiner Teil des BGB, S. 498; Helm, Normative Theorie, S. 146.

Solche Bestimmungen legen zweifellos Verhaltensvorschriften fest, die sich von Normen objektiven Rechts nur dadurch unterscheiden, dass ihr Zurechnungstatbestand in einem Vertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten beruht.

SCHMIDT-SALZER[27] hält dem unzutreffenderweise entgegen, dass «das Rechtsgeschäft im Verhältnis zur Norm kein minus, sondern ein aliud» sei. Der entscheidende Gesichtspunkt für die qualitative Verschiedenwertigkeit von Rechtsgeschäft und Norm liege im Sinngehalt der Privatautonomie, des Grundsatzes, nachdem innerhalb bestimmter Grenzen die Regelung des Sozialablaufes der freien Entscheidung der Rechtssubjekte überlassen werde.

Diese Einwände übersehen, dass das Vertragsverhältnis nur bei dessen Abschluss vom Willen beider Parteien abhängig ist. Ist der Vertrag einmal zustande gekommen, so besteht eine freie Entscheidung der Parteien nur noch in bezug auf die Rechtsausübung. Durch den Vertragsschluss werden die Parteien wechselseitig gebunden[28]. Für den Verpflichteten stellt die Rechtsausübung durchaus einen Akt der Heteronomie dar. Von einer freien Regelung des Sozialablaufes kann in diesem Stadium nicht mehr die Rede sein. Für den Betroffenen stellt sich die Lage nicht anders dar, als wenn der Berechtigte sich statt auf den Vertrag bzw. dessen Allgemeine Bedingungen auf eine Gesetzesvorschrift berufen könnte.

Dies zeigt, dass sich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur in ihrem Ursprung, in ihren Geltungsvoraussetzungen, nicht aber in ihrer Normennatur prinzipiell von objektivem Recht unterscheiden[29]. AGB können daher vorläufig als vereinbarte Normen qualifiziert[30] werden.

Von dieser Qualifikation zu unterscheiden ist die Frage, ob AGB wegen des geringen Grades, in dem bei ihnen die Privatautonomie des Kunden zum Ausdruck gelangt, innerhalb des Vertragsrechtes die Anwendung besonderer Bewertungsgrundsätze erheischen. Zunächst soll es jedoch darum gehen, die Einbeziehung der AGB in den Einzelvertrag näher darzustellen.

[27] SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 55 f.

[28] LARENZ, Allgemeiner Teil des BGB, S. 498; HELM, Normative Theorie, S. 134: «Wer von seiner Vertragsfreiheit Gebrauch macht, tauscht stets ein Stück von seiner Freiheit in Unfreiheit um; dafür erwirbt er Exekutivgewalt.»

[29] HELM, a. a. O., S. 132: «Wenn AGB nur durch vertragliche Vereinbarungen wirken können, so sind daraus zwar Aussagen über ihren Geltungsanspruch und ihre Geltungskraft, nicht aber über die Art und Weise ihrer Wirkung, über ihren funktionellen Normcharakter zu begründen.»

[30] Womit natürlich nicht behauptet werden soll, AGB seien beispielsweise wie objektive Normen auszulegen. Das Problem der Vertragsauslegung betrifft richtig gesehen die Frage des Geltungsursprungs: In welchem Umfang haben die Parteien Vertragsrecht begründet.

[31] A. A. SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 56; MANFRED WOLF, Normsetzung durch private Institutionen?, Juristenzeitung *1973* 230 ff. HELM, der sich ebenfalls für die Normennatur der AGB ausspricht, geht von einem etwas andern Normenbegriff aus: Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, Juristische Schulung *1965* 122, und Normative Theorie, S. 127.

2. Teil: Die Geltung der AGB im Einzelvertrag

3. Kapitel: Die Übernahme der AGB in den Einzelvertrag

§ 12 Der Einbeziehungsvertrag (Grundlagen)

I. Das Wesen des Einbeziehungsvertrages [1]

Der Einbeziehungsvertrag besteht aus der übereinstimmenden gegenseitigen Willenserklärung der am individuellen Vertragsverhältnis beteiligten Parteien, wonach die AGB für die ergänzende Ordnung des Individualvertrages massgebend sein sollen. Charakteristisch für den Einbeziehungsvertrag ist, dass er sich auf die Ingeltungsetzung der AGB als Gesamtheit beschränkt. Die einzelnen Bestandteile der AGB werden nicht besonders ausgehandelt, es wird nicht «gemarktet» [2], ja in aller Regel wird der Inhalt der AGB durch den Kunden gar nicht zur Kenntnis genommen [3].

Der Einbeziehungsvertrag stellt daher die Zurechnungsgrundlage für die AGB dar. Aus dem Umstand, dass AGB nicht Bestandteil der objektiven Rechtsordnung bilden, folgt, dass ihre Existenz im Prozess behauptet und bewiesen werden muss [4]. Behauptungs- und Beweislast obliegt jener Partei, die aus ihrer Geltung Rechte ableiten will.

Da der Einbeziehungsvertrag sowenig wie das Rechtsgeschäft überhaupt begriffsnotwendig die Kenntnis des Inhaltes durch die Parteien voraussetzt, liegt kein Grund vor, die Verweisungserklärung, wie dies RAISER [5] im Anschluss an SIEGEL [6] tat, besonders als «Risikoerklärung» zu qualifizieren. Wenn man schon diesen unnützen Begriff einführen wollte, müsste man ihn konsequenterweise auf alle Tatbestände der Unterzeichnung ungelesener Urkunden ausdehnen. Umgekehrt leistet dieser Begriff in gefährlicher Weise dem Irrtum Vorschub, der Verweisende habe das «Risiko» für all das zu tragen, was in den AGB im einzelnen enthalten ist. Damit impliziert der Wortsinn, den man dem Terminus «Risikoerklärung» zum vorneherein beizumessen geneigt ist, eine ganz be-

[1] SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 6 und 18. Gegen diesen Begriff: WILHELM WEBER, Juristenzeitung *1972* 326. Vgl. auch BAUER, a. a. O., S. 36.

[2] MERZ, Länderbericht, S. 72. Vgl. auch SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 15.

[3] Vgl. oben S. 20 und unten S. 126. MERZ, Massenvertrag, S. 148; KÖTZ, Gutachten, A 34.

[4] ERMAN/HEFERMEHL, BGB, 3. A., Vorb. III, 3 vor § 145; KUMMER, Kommentar zu Art. 8 ZGB, N 248; SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 41 zu § 2; ULMER/BRANDER/HENSEN, AGBG, N 46 zu § 2; LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, AGBG, N 27ff. zu § 1.

[5] RAISER, AGB, S. 170f.

[6] SIEGEL, AcP *111* 92.

stimmte rechtliche Wertung, die sich im Lichte der neueren Erkenntnisse der Problematik [7] der AGB als zutiefst inadäquat erweist [8].

Der Einbeziehungsvertrag kennzeichnet sich nach dem Gesagten als Bestandteil des Individualvertrages [9]. Dabei ist durchaus nicht gesagt, dass er sich nur auf dessen Nebenpunkte beschränken muss. Gerade die ebenfalls als AGB zu qualifizierenden, in der Praxis überaus bedeutungsvollen Branchentarife, etwa die SIA-Norm 102, beziehen sich inhaltlich auch auf «essentialia» des Geschäftes.

Der Einbeziehungsvertrag kann sich entweder bloss auf die Inkorporation der AGB insgesamt oder zusätzlich auch auf den Inhalt der einzelnen Klauseln beziehen. Im ersten Fall spricht man von einer Global-, im zweiten Fall von einer Vollerklärung. Die Unterscheidung zwischen Voll- und Globalübernahme ist für die Abgrenzung des Anwendungsbereiches der für AGB bedeutsamen Sonderregeln von grundlegender Bedeutung.

II. Arten von Einbeziehungsverträgen: Voll- und Globalübernahme

A. Beidseitige Vollerklärungen

Bei beidseitigen Vollerklärungen [10] haben beide Vertragspartner vom Inhalt und von der Tragweite der AGB, denen sie sich unterwerfen, volle Kenntnis, sei es, dass sie an der Aufstellung der Bedingungen selber beteiligt waren, sei es, dass sie sie vor der Abgabe der Einbeziehungserklärung genau studiert haben. In diesen Fällen entspricht die Erklärung in allen Teilen dem Geschäftswillen der Parteien und unterscheidet sich insofern nicht von einer Individualerklärung.

B. Ein- oder beidseitige Globalerklärungen

Bei der Globalübernahme [11] von AGB besteht auf seiten des Erklärenden ein Missverhältnis zwischen dem objektiven Sinn seiner Äusserung und seinem Willen. Die Erklärung, die sich auf die Einbeziehung der AGB und damit auf deren Inhalt bezieht, reicht weiter als der Geschäftswille, der bloss hinsichtlich des Einzelgeschäftes und der Einbeziehung der AGB insgesamt konkretisiert

[7] Vgl. dazu unten, S. 126ff.

[8] Zur Begründung dieser These: unten, S. 164f., insbes. S. 169, und Huhn, AGB, S. 197.

[9] Wilhelm Weber, Juristenzeitung *1972* 326. Helm: «Die Unterwerfungsvereinbarung ist ein Vertrag mit dem reinen Inhalt des Ingeltungsetzens»: Normative Theorie, S. 140. Löwe/Westphalen/Trinkner, AGBG, N 5 zu § 2.

[10] Jäggi, Kommentar zu Art. 1 OR, N 461.

[11] Jäggi, a.a.O., N 462ff.; Merz, Massenvertrag, S. 148.

wird. Der Inhalt des AGB-Dispositivs entzieht sich wenigstens teilweise der Vorstellung der erklärenden Partei. Diese ist damit nicht mehr in der Lage, allfällige subjektiv ungerechtfertigte Ansinnen der Gegenpartei abzuwehren oder gegebenenfalls auf den Abschluss des Geschäftes zu verzichten. Die normalerweise durch den Vertragsmechanismus gewährleistete Richtigkeitskontrolle[12] wird hinsichtlich der AGB ganz oder wenigstens teilweise verfehlt.

Im deutschen Recht verläuft die Markierung zwischen Voll- und Globalerklärung ähnlich: Dort kommt es übereinstimmend mit der in der Schweiz massgebenden Lehre für die Annahme einer Vollerklärung nicht auf die blosse Möglichkeit der Kenntnisnahme an. Immerhin bestehen im einzelnen gewisse Unterschiede. So wird die Anwendung des Rechts der AGB in Deutschland nur ausgeschlossen, wenn vorgedruckte Klauseln wirklich ausgehandelt[13] worden sind. Ein Verlesen der AGB durch den Unternehmer genügt darnach nicht[14]. Nach der hier vertretenen Ansicht verdient die schweizerische Lösung einmal deshalb den Vorzug, weil ein Aushandeln wenigstens die potentielle Bereitschaft beider am Vertrag Beteiligten voraussetzt, in einzelnen Punkten von den vorformulierten Positionen abzugehen. Diese Bereitschaft ist beim Verwender jedoch im allgemeinen nicht vorhanden. Vor allem aber muss bei der Unterscheidung zwischen Voll- und Globalerklärung einzig auf das Kriterium der bewussten Kenntnisnahme des AGB-Inhaltes abgestellt werden, da der Ansatzpunkt für eine Sonderbehandlung der AGB nicht in der jeweiligen Einseitigkeit des Aufstellungsvorganges liegt[15], sondern in der typischerweise mit den AGB verbundenen Überforderung der rechtsgeschäftlichen Verantwortungsfähigkeit des Verwenders. Die bewusste Kenntnisnahme des AGB-Inhaltes durch den Kunden hängt jedoch nicht davon ab, ob er ausgehandelt worden ist oder nicht.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass eine Vollerklärung nicht schon dann vorliegt, wenn der Kunde die AGB hätte durchlesen können oder sie oberflächlich durchgelesen hat. Eine Vollerklärung setzt inhaltliches Verständnis der einzelnen Klauseln und ihrer Tragweite voraus.

Prozessual ist bei AGB von nicht bloss ganz geringem Umfang als «praesumptio hominis»[16] anzunehmen, dass der Kunde sie nur global akzeptiert

[12] Vgl. dazu unten, S. 137ff.

[13] So § 1 II AGB-Gesetz. Vgl. auch SCHMIDT-SALZER, AGB N 12; SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 28 zu § 1; ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGBG, N 25 zu § 1; DIETLEIN/REBMANN, AGB aktuell, N 10 zu § 1. LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, AGBG, N 20ff. zu § 1. Auch das Vorlesen der Klauseln genügt danach sowenig wie das Durchlesen: Gefordert ist eine «tatsächliche Einflussnahme auf den Inhalt des Klauselwerkes.» Dagegen WOLF, Juristenzeitung *1974* 468f.

[14] SCHMIDT-SALZER, a.a.O., N 12.

[15] Vgl. unten, S. 164f.

[16] Dazu: GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 341f. BAUER, a.a.O., S. 38.

hat[17]. Diese Vermutung kann durch den Nachweis von Umständen, die eine Vollerklärung wahrscheinlich machen, umgestürzt werden[18]. Ein solcher Umstand läge etwa im Beweis des Verwenders, dass er bzw. eine seiner Hilfspersonen, den Kunden ausdrücklich auf Inhalt und Tragweite der betreffenden Klausel aufmerksam gemacht hat oder dass der Kunde in einem nichtstandardisierten Brief auf den Sachverhalt hingewiesen worden ist.

C. Zur Methode der Untersuchung

Aus logischen wie aus arbeitsökonomischen Gründen muss im konkreten Fall zunächst untersucht werden, ob die AGB insgesamt in den Einzelvertrag aufgenommen worden sind, ob mit anderen Worten von beiden Parteien ein Verhalten an den Tag gelegt worden ist, das als ausdrückliche oder als stillschweigende Verweisungserklärung qualifiziert werden kann. Erst wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, ist es sinnvoll, weiter zu prüfen, ob auch die einzelne in Frage stehende Klausel der AGB gültig ist oder ob sie aus irgendeinem Grunde für die Bestimmung der Rechtsfolgen des Vertragsschlusses ausser Betracht fällt. Unter Umständen stellt sich in jenen Fällen, wo die gültige Einbeziehung der AGB in den Einzelvertrag verneint werden muss, die Frage, ob nicht die AGB insgesamt oder teilweise auf dem Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zum Vertragsinhalt erhoben werden müssen.

Analog zum Verfahren bei der Analyse des individuellen Falles soll auch hier zunächst das Problem der Einbeziehung geklärt und erst dann zur Untersuchung der Gültigkeit der einzelnen Klausel geschritten werden. Da es sich dabei jedoch im wesentlichen um Probleme der Vertragsauslegung handelt, sollen die massgebenden Interpretationsmaximen miterörtert werden.

III. Die Auslegung des Einbeziehungsvertrages

A. Zu Begriff und Konzeption der Vertragsauslegung

Der Begriff der Auslegung ist in der schweizerischen Lehre neuerdings kontrovers geworden. JÄGGI[19] hat der traditionellen und in der Schweiz seit je herrschenden Auslegungsmethode[20] eine im einzelnen recht subtile Theorie entge-

[17] BGE *98* Ia 321. Ebenso: SCHMIDT-SALZER, AGB N 16, und für das französische Recht: BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, S. 56 N 93.

[18] GULDENER, a. a. O., S. 341 f.

[19] In Zürcher Kommentar zu Art. 1 OR sowie Festschrift Simonius, S. 145 ff.

[20] v. TUHR, OR I, S. 241; EGGER, Zürcher Kommentar zu Art. 2 ZGB, N 13; OFTINGER, ZSR *58* (1939) 178 ff.; MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, S. 127; ENGEL, Traité des obligations, S. 165 ff.

gengestellt, nach der es bei der Auslegung um die richterliche Feststellung des innern Erklärungstatbestandes auf seiten des Erklärenden und auf seiten des Erklärungsgegners gehen soll[21].

1. In der herkömmlichen Sicht eignet dem Auslegungsbegriff ein doppelter Gehalt:

a) Nach der tatsächlichen Bedeutung primär geht es der Auslegung um die Feststellung des Sinnes der Willensäusserungen der Parteien[22]. Damit wird bereits zum Ausdruck gebracht, dass hier entgegen dem missverständlichen Wortlaut von Art. 18 OR nicht der innere Wille oder der vom Erklärenden in die Äusserung hineingelegte Wille, sondern der objektive Sinn Gegenstand der Auslegung zu bilden habe. Entgegen einer gelegentlich vertretenen Auffassung impliziert dieser Begriff der Auslegung bereits einen rechtspolitischen Entscheid, indem er weitere an sich ebenfalls in Betracht zu ziehende Bestimmungen des Auslegungszieles grundsätzlich ausschliesst. Wenn Auslegung den objektiven Sinn einer Äusserung zu bestimmen hat, kann vernünftigerweise nicht grundsätzlich der innere Wille des Erklärenden oder die subjektive Deutung des Empfängers für die Bestimmung der Rechtsfolgen der Erklärung massgebend sein.

Zielen die auszulegenden Willenserklärungen auf den Abschluss eines Vertrages, so sind die beidseitigen Auslegungsresultate, also der jeweilige Sinn der Willenserklärungen vom Standpunkt des jeweiligen Empfängers aus betrachtet, miteinander zu vergleichen. Sind die Resultate identisch und nicht mehrdeutig, so ist ihre Intention zunächst insofern erreicht, als Konsens im Sinne des objektiv Geäusserten vorliegt, unabhängig davon, ob im einzelnen der innere Wille eines oder beider Erklärenden oder das Verständnis einer oder beider Empfänger vom objektiven Auslegungsergebnis abweicht. Eine Frage, die nach dieser traditionellen Auffassung erst in einem späteren Stadium beantwortet werden muss, besteht dann darin, ob allfällige Mängel im Zustandekommen des Vertrages dessen endgültige Bindungswirkung zu hindern vermögen oder nicht.

b) Nur im engen Bereich, wo der Wille der Parteien übereinstimmt, dieser aber dem objektiven Sinn der Erklärung widerspricht, bildet die Feststellung des inneren Willens der Parteien Gegenstand der Auslegung. Hier gilt der Grundsatz der subjektiven Auslegung. Das von den beiden Parteien subjektiv Gewollte ist massgebend. Falsa demonstratio non nocet.

2. Weniger in den Ergebnissen als durch die dogmatische Konstruktion unterscheidet sich von dieser dualistischen Auslegungslehre die von JÄGGI postulierte willenstheoretisch inspirierte Betrachtungsweise. JÄGGI lehnt den normativen Gehalt des herkömmlichen Auslegungsbegriffes ab. Für ihn ist Auslegung

[21] JÄGGI, a. a. O., N 240 zu Art. 1 OR.

[22] OFTINGER, a. a. O., S. 180. Ebenso MEIER-HAYOZ, a. a. O., S. 127. Zu Wesen und Geltungsbereich der objektiven und der subjektiven Auslegung: unten, S. 73 ff.

in jedem Fall eine Angelegenheit reiner und wertungsfreier Feststellung des innern Erklärungstatbestandes auf seiten des sich Äussernden und seines Partners. Abzuklären ist hier einerseits das Vorliegen und der Inhalt des Geschäfts- und des Erklärungswillens beim Erklärenden, anderseits der Bestand und der Inhalt der Vorstellung, die der Erklärungsvorgang beim Empfänger bewirkt hat[23].

3. Die Kontroverse über den Auslegungsbegriff hat ihren Ausgangspunkt[24] in einem unterschiedlichen Verständnis des dem Art. 1 Abs. 1 OR zu entnehmenden Normgehaltes. Die traditionelle Lehre erblickt in Art. 1 Abs. 1 OR eine Auslegungsregel, die nach ihrem Wortlaut für das Zustandekommen des Vertrages grundsätzlich nur einen äusseren Konsens verlangt und die Frage der Übereinstimmung des innern Willens vorläufig beiseite lässt[25]. Demgegenüber bringt nach JÄGGI Art. 1 Abs. 1 OR nur den Normaltatbestand des Vertragsschlusses zum Ausdruck und enthält keine Stellungnahme des Gesetzgebers zu den pathologischen Situationen, wo der objektive Sinn der Erklärung von dem subjektiv Gemeinten abweicht. Folgerichtig von seiner Anschauung ausgehend, dass Art. 1 OR keine Entscheidungsregel enthalte und die Auslegung demgemäss den innern Erklärungstatbestand des Erklärenden und des Adressaten zu untersuchen habe, beschreibt JÄGGI die zentrale Figur des Vertragsrechtes, den Konsens, entscheidend enger als die herrschende Lehre: Willenserklärungen

[23] JÄGGI, a. a. O., N 175 und N 240.

[24] Ich schliesse nicht vollständig aus, dass es sich um eine Kryptoargumentation handelt, wenn man über die massgebende Bedeutung des Wortes Willensäusserung in Art. 1 OR streitet. Vielleicht stehen dahinter lediglich unterschiedliche Auffassungen darüber, was der «natürliche» Zurechnungsgrund der Willenserklärung sei und was dementsprechend Auslegungsziel bilde. So ist nach OFTINGER, a. a. O., S. 180, Auslegung die Feststellung des Sinnes einer Willenserklärung; sie ist teleologisch gerichtet. Demgegenüber JÄGGI: «Im zwischenmenschlichen Verkehr ist die Auslegung etwas Elementares: Die äusseren Tatsachen (das Reden, Schreiben und sonstige Handeln) führen mit Selbstverständlichkeit zur Frage nach dem innern Tatbestand: Was hat er damit sagen wollen?» (a. a. O., N 254). Was man in diesem Sinne als «natürlich» ansehen will, ist m. E. eine vorwissenschaftliche Wertungsfrage, die hier nicht entschieden zu werden braucht, noch vielleicht überhaupt zwingend entschieden werden kann. Ich möchte hier nur darauf hinweisen, dass man bei der Analyse der Wandlung von der Willenstheorie zur Vertrauenstheorie regelmässig die sozialen Prämissen übersieht, unter denen sich die dogmatische Entwicklung vollzog. Es wird nicht gebührend berücksichtigt, dass das Willensdogma und eine Privatrechtstheorie, die ihre Aufmerksamkeit auf die isolierten einzelnen Rechtsinstitute, abstrahierend von ihrer sozialen Funktion, richtete, einer Gesellschaftsordnung durchaus angepasst war, die in ihrem politischen Selbstverständnis und in der sozialen Realität durch das besitzende Individuum gekennzeichnet war, durch den freien und gleichen Menschen, der seine Freiheit und Gleichheit, d. h. Unabhängigkeit vom Willen anderer, als Funktion und Ausfluss des Eigentums betrachtete. Dieser Vorstellung des «Jeder sein eigener Herr», der allerdings auch in der Blütezeit des Individualismus nur Adäquanz für die tonangebenden Schichten zukam, mochte das dynamische Element des vertraglichen Leistungsaustausches gegenüber der Lebenssicherung aufgrund dinglicher Berechtigung mit einigem Grund im Verhältnis von Ausnahme zum Grundsatz erscheinen. Nicht nur die Begriffe von Freiheit und Gerechtigkeit, sondern auch jener der Obligation wurde eindrücklich von der Vorstellung des persönlichkeitsbegründenden Eigentums mitgeprägt.

[25] OFTINGER, ZSR *58* (1939) 190 f.; MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, S. 131; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Vorb. zu Art. 1–40, N 60 ff.

stimmen darnach überein, «wenn der erklärte Wille jeder Partei auf die gleiche Gestaltung der Rechtslage gerichtet ist. Übereinstimmung ist inhaltliche Gleichheit der Entschlüsse, welche gegenseitig und in Gestaltungsabsicht erklärt werden. Sie ist Willenskonsens[26].» Die Übereinstimmung ist nach JÄGGI ein rein geistiger Sachverhalt.

Damit ist jedoch auch für JÄGGI noch nicht ausgemacht, welche Rechtsfolgen der Fehltatbestand der Willenserklärung, d.h. jene Situation, wo der Willenskonsens fehlt, nach sich zieht. Hier gerät JÄGGI in das gleiche Dilemma wie andere Willenstheoretiker. Ähnlich wie schon SAVIGNY[27], der seine naturrechtlich geprägte Willensdoktrin mit den für ihn geltendes Recht darstellenden römischen Quellen zu vereinbaren hatte, und der daher inkonsequent zwischen beachtlicher und unbeachtlicher «Willensunwirklichkeit» unterschied, ist auch JÄGGI gezwungen, um seine Konsenslehre mit der geltenden Ordnung abzustimmen, anschliessend an die Feststellung des Dissenses zu beurteilen, ob die Berufung auf ein unrichtiges Konsensbewusstsein oder auf den Dissens einen rechtlichen Schutz verdient[28]. Die Beurteilung muss nach JÄGGI unter dem Leitgedanken des Gebotes zum Handeln nach Treu und Glauben durchgeführt werden. Die wichtigste Entscheidungsregel enthält hier das Vertrauensprinzip[29]. Uneingeschränkte Geltung misst aber auch JÄGGI dem Vertrauensprinzip nicht bei[30].

4. Eine eingehende Beurteilung der sich gegenüberstehenden Auslegungskonzepte kann hier nicht geleistet werden. Immerhin hat man sich bei einer Würdigung der Theorie JÄGGIs vor Augen zu halten, dass im Zeitpunkt ihres Erscheinens die wissenschaftliche Szene von einem Bemühen gezeichnet war, unter dem Eindruck von als unabweisbar angesehenen Verkehrsbedürfnissen[31] die Bedeutung des subjektiven Geschäftswillens zugunsten objektiver Elemente der Willenserklärung mehr und mehr zurückzudrängen, ja die Berechtigung seiner Beachtung überhaupt zu leugnen[32]. Hier halte ich es für verdienstvoll, wenn JÄGGI

[26] JÄGGI, a.a.O., N 76 zu Art. 1 OR (Sperrungen weggelassen).
[27] SAVIGNY, System III, S. 268.
[28] JÄGGI, a.a.O., N 362.
[29] JÄGGI, a.a.O., N 363.
[30] Entgegen SIMONIUS und v. BÜREN.
[31] Wobei beim vielberufenen Schutz des Verkehrs im Ergebnis nur gerade *ein* Teilnehmer am Verkehr geschützt wird: der Empfänger der Erklärung. Der Schutz geht hier völlig einseitig zu Lasten des Irrenden – auch eines Verkehrsteilnehmers –, dem unabhängig vom Verschulden der ganzen Nachteil des Misslingens des Verständigungsvorganges aufgebürdet wird. Vgl. BYDLINSKI, Privatautonomie, S. 142.
[32] Nachweise und treffende Kritik bei BYDLINSKI, Privatautonomie; vgl. auch PETER HANAU: «Die Rechtsgeschäftslehre ist in der Krise, darüber ist man sich weithin einig; Einigkeit besteht auch über die Richtung der Entwicklung, die zu einer weitern Zurückdrängung des Geschäftswillens führt.» HANAU, Objektive Elemente, AcP *165* 222. Ebenso RAISER, in Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, S. 123. Für das schweizerische Recht vgl. v. BÜREN, Allgemeiner Teil des OR, S. 230 ff., und SCHMIDLIN, Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und im schweizerischen Recht, ZSR *89* (1970) 225 ff.

einen übertriebenen «Vertrauens»-Absolutismus in die Schranken gewiesen hat. Das Willenselement im Tatbestand des Vertrages ist von grundlegender Bedeutung, wenn das Vertragsinstitut die ihm zugedachte Regulationsfunktion soll erfüllen können.

Was den Ausgangspunkt der Kontroverse anlangt, so bin ich der Meinung, dass der Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 OR sich tatsächlich in guten Treuen für die eine wie für die andere Auffassung ins Feld führen lässt. Unbestreitbar kann man aufgrund einer bloss grammatikalischen Auslegung die Ansicht vertreten, jene Bestimmung wolle nur den Normaltatbestand des Vertragsabschlusses zum Ausdruck bringen und enthalte daher keine Anweisung zur Behandlung von Erklärungsfehltatbeständen. Auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift lässt nicht den Schluss zu, der Gesetzgeber habe damit einen Entscheid zwischen Erklärungs- und Willenstheorie zugunsten der ersteren fällen wollen. Umgekehrt kann man jedoch auch ruhigen Gewissens die Ansicht teilen, Art. 1 OR enthalte eine Rechtsregel und stelle auf die Übereinstimmung der Willensäusserung ab, er lasse den innern Willen mithin ausser acht. Der Wortlaut ist m. E. in dieser Hinsicht nicht schlüssig.

Art. 1 OR muss jedoch im weitern Zusammenhang der Art. 23 ff. OR interpretiert werden. Art. 23 OR geht davon aus, dass der Vertrag trotz wesentlichem Irrtum an sich existiert und für denjenigen, der sich nicht in einem Irrtum befand, bis zur Berufung des andern auf die einseitige Unverbindlichkeit, auch gültig bleibt. Daraus kann vernünftigerweise nur geschlossen werden, dass das Gesetz für das Zustandekommen des Vertrages auf die übereinstimmenden beidseitigen Erklärungen abstellt und ein differierender innerer Wille erst subsidiär Bedeutung erlangt. Art. 1 OR wäre demnach unter systematischen Gesichtspunkten dennoch als Auslegungsregel zu betrachten.

JÄGGI will der traditionellen Doktrin entgegenhalten, sie fasse den Begriff der Willenserklärung nicht «richtig», wenn sie all das mit einbeziehe, was dem Empfänger in guten Treuen als der erklärte Wille des andern erscheint. Nur der Sachverhalt, wo Wille und Erklärung übereinstimmen und daher eine mängelfreie Willenserklärung vorliegt, werde vom gesamten Vertragsrecht als «Idealtatbestand» vorausgesetzt. Tatbestände, wo Wille und Erklärung divergieren, fänden im Begriff der Willenserklärung keinen Platz. Wer das Gegenteil behaupte, vermische in unzulässiger Weise die Begriffs- mit der Wertungsfrage [33].

Dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen. Begriffe sind blosse Hilfsmittel zur Erfassung von Vorstellungen über die Wirklichkeit. Sie sind daher immer eigens konstruiert, geschaffen. Solange die Begriffe nach logisch einwandfreien Kriterien gewonnen werden, sind sie formal «richtig». Die Begriffsbildung ist in

[33] JÄGGI, Kommentar zu Art. 1 OR, N 75 und N 240.

diesem Sinne autonom [34]. Darüber hinaus kann nicht mehr über die Richtigkeit im strengen Sinne, sondern nur noch über die sachliche Angemessenheit der Begriffsbildung diskutiert werden. Hier von «richtigen» oder «falschen» Begriffen zu sprechen wäre ein Rückfall in überholten Begriffsrealismus. Mit Recht wird hingegen postuliert, Rechtsbegriffe seien im Hinblick auf ihre Funktion zu definieren. Missachtet man dies im Einzelfall, so wird die Begriffsbildung deswegen zwar nicht falsch, aber doch inadäquat und daher zu sinnvollem Gebrauch untauglich. Weil tatsächlich alle Begriffe funktional gebildet werden, enthält m. E. insofern jede Begriffsbildung ein Element funktionsbezogener Wertung [35]. Auch der willenstheoretische Rechtsgeschäftsbegriff beruht auf einer Wertung, nämlich auf der Überzeugung, nur der Geschäftswille vermöge die der Willenserklärung zugeordnete Rechtsfolge zu rechtfertigen.

Man wird nun der traditionellen Auslegungslehre nicht vorwerfen können, sie habe den Begriff des Rechtsgeschäfts und demzufolge auch jenen des Vertrages sachlich unangemessen definiert. Der funktionelle Zusammenhang zwischen ihrem Vertragsbegriff und den normierten Rechtsfolgen ist hier im Gegenteil enger als bei der von JÄGGI vorgeschlagenen, willenstheoretisch inspirierten Fassung. Wenn die Vertrauenstheorie die Begriffsfrage mit der Wertungsfrage verbindet, so ist dies nach dem Gesagten nicht zu beanstanden.

Weil die Ausrichtung des herkömmlichen Auslegungsbegriffes auf die normierten Rechtsfolgen enger ist, neige ich dazu, dem traditionellen dualistischen Auslegungskonzept den Vorzug zu geben.

B. Grundsatz und Geltungsbereich der subjektiven Auslegung

1. Der Grundsatz der subjektiven Auslegung

Der sowohl für die Frage der Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag als auch für die Eruierung des übrigen massgeblichen Vertragsinhaltes in erster Linie wegleitende Grundsatz findet sich in Art. 18 I OR niedergelegt: Bei der Beurteilung eines Vertrages ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten [36]. Falsa demonstratio non nocet. Wenn sich bei Verträgen ein übereinstimmender gemeinsamer tatsächlicher Wille feststellen lässt, so spielt es daneben keine Rolle, wenn die Äusserungen der Erklärenden von ihrem Willen abweichen oder untereinan-

[34] Vgl. FREYTAG/LÖRINGHOFF, Logik, 2. Aufl., S. 46.

[35] Als Beleg vgl. MEIER-HAYOZ, Kommentar zum Sachenrecht, Syst. Teil, N 60, zum Begriff der Sache.

[36] BGE *90* II 454, *99* II 396 E. 6. Ob ein übereinstimmender gemeinsamer Wille im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhanden war, stellt eine der Berufung an das Bundesgericht entzogene Tatfrage dar. Dazu auch MERZ, Länderbericht, S. 83.

der divergieren. Keine der Parteien kann sich nachträglich auf einen von ihrem Willen abweichenden objektiv feststellbaren Sinn ihrer Äusserungen berufen. Der subjektiven Auslegung kommt aus diesem Grunde logische Priorität gegenüber der objektiven Auslegung zu.

Nach MEIER-HAYOZ [37] soll Art. 18 OR verlangen, dass der jeweiligen Gegenpartei der innere Wille des Erklärenden erkennbar gewesen sei. Dem ist zu widersprechen: Bei der «falsa demonstratio» kommt es einzig auf die Übereinstimmung des innern Willens und des beidseitig vorhandenen Konsensbewusstseins an. Eine «falsa demonstratio» kann daher auch bei gleichzeitigem Erklärungs- und Deutungsirrtum vorliegen.

2. Der Geltungsbereich der subjektiven Auslegung

Der Grundsatz von Art. 18 OR findet indessen nur Anwendung, wenn sich die Parteien eine von ihren Erklärungen abweichende, untereinander jedoch übereinstimmende konkrete [38] Vorstellung vom Vertragsinhalt gemacht haben. Ungenügend ist eine namentlich bei der Vereinbarung von Verbandsbedingungen fast regelmässig vorkommende beidseitig unklare und diffuse Meinung vom Inhalt. Daraus folgt, dass der Anwendungsbereich von Art. 18 OR im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen relativ eng ist und daher neben dem in der Praxis ungleich bedeutungsvolleren Vertrauensprinzip bisweilen übersehen wird.

Einige Bedeutung erlangt der Grundsatz der subjektiven Auslegung in unserem Zusammenhang vor allem in jenen Fällen, wo beide Parteien sich subjektiv auf veraltete Branchenbedingungen beziehen, während bei objektiver Auslegung ihre Äusserungen auf revidierte Bedingungen verweisen. Unternehmer und Bauherr erklären im Werkvertrag die SIA-Norm 118 als anwendbar, ohne zu wissen, dass die Norm im Jahre 1976 revidiert worden ist. In solchen Fällen wurde, ungeachtet des anderslautenden objektiven Auslegungsresultates, die von den Partnern tatsächlich gewollte Ordnung zur Geltung erhoben. Die nachträgliche Berufung auf den objektiven Sinn der Erklärung ist nicht statthaft. In unserem Beispiel müsste jede Partei die SIA-Norm 118 aus dem Jahre 1962 gegen sich gelten lassen.

[37] MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, S. 130. So auch WINDSCHEID, Pandekten I § 84 bei N 10.
[38] MERZ, Kommentar zu Art. 2 N 123; BAUER, a. a. O., S. 49.

C. Grundsatz und Geltungsbereich der objektiven Auslegung

1. Der Anwendungsbereich der objektiven Auslegung

In der Praxis der AGB sind die Fälle ungleich häufiger, wo der Wille einer oder beider Parteien in der Erklärung zwar unvollkommen Ausdruck gefunden hat, ohne jedoch untereinander identisch zu sein. Bei der Globalübernahme von AGB ist der Wille des betreffenden Partners in der Regel entweder unklar oder unbestimmt, oder er hat ausnahmsweise einen konkreten, von der objektiven Bedeutung der Willenserklärung abweichenden Sinn[39]. Die beiden Fallgruppen sind hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen teilweise unterschiedlich zu behandeln. Ob die AGB des Verwenders im einzelnen Fall zum Bestandteil des Individualvertrages erhoben worden sind und wie weit gegebenenfalls ihr Inhalt beim Vorliegen einer Globalübernahme für die Bestimmung der konkreten Rechtslage massgebend sein soll, bestimmt sich nach dem Vertrauensprinzip.

2. Das Wesen der Vertrauenstheorie

Die Vertrauenstheorie[40] ist ein im schweizerischen Recht nirgends ausdrücklich festgelegter, vorpositiver allgemeiner Rechtsgrundsatz. Historisch ist sie als Synthese aus dem um die Mitte des letzten Jahrhunderts einsetzenden Ringen[41] zwischen der Willens- und der strengen Erklärungstheorie[42] hervorgegangen. Die Vertrauenstheorie geht sachlich von der Einsicht aus, dass jeder Teilnehmer des rechtsgeschäftlichen Verkehrs damit rechnen muss, dass seine Äusserung anders verstanden werden kann[43], als er sie tatsächlich meint, und dass er umgekehrt den Erklärungen seiner Partner u. U. einen andern Sinn beimisst als jene. Die Vertrauenstheorie sucht nun die beidseitigen Interessen der Parteien in Berücksichtigung[44] des durch die Verkehrssicherheit gebotenen Vertrauensschutzes und des Grundsatzes von Treu und Glauben angemessen gegeneinander abzugrenzen: Der Empfänger soll grundsätzlich[45] nicht dazu verhalten werden, nach allfälligen, hinter der objektiv wahrnehmbaren Erklärung seines Gegenübers stehenden Willensinhalten zu forschen. Der Erklärende seinerseits soll

[39] Hauptfall: Der tatsächliche Wille bezieht sich auf veraltete Bedingungen. Nebenfall: Der Wille bezieht sich auf revidierte Bedingungen; die erklärende Partei hätte jedoch erkennen können und müssen, dass sich die andere auf die veralteten Bedingungen bezieht.

[40] Zur überaus umfangreichen Literatur zur Vertrauenstheorie sei auf die Nachweise bei OSER/SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 1 zu Art. 1 OR, verwiesen.

[41] Vgl. dazu und zu den historischen Ursprüngen der Vertrauenstheorie: MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip.

[42] Das Bundesgericht hat seine Auffassung ursprünglich als Erklärungstheorie bezeichnet; sachlich handelte es sich aber um nichts anderes als um das, was heute allgemein – auch vom Bundesgericht – als Vertrauenstheorie bezeichnet wird.

[43] OFTINGER, ZSR *58* 187.

[44] MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, S. 81 ff.

[45] Ausnahmen unten, S. 113 ff.

darauf vertrauen dürfen, dass der Partner seine Äusserung gemäss ihrem objektiven Sinn verstehe. Daraus folgt, dass bei der Auslegung des Vertrages nicht auf den tatsächlichen Willen der Parteien abgestellt werden kann, es sei denn, dieser stimmte trotz Abweichung von der Erklärung überein. Mit den Worten OFTINGERS: «Die Äusserung einer Partei wirkt so, wie sie als Kundgebung in die Sphäre des Adressaten trat[46], wie sie zu verstehen war. Der Adressat darf sich an den manifest gewordenen Sinn halten, darauf vertrauen. Somit ist nicht massgebend, was der sich Äussernde subjektiv – also historisch, genetisch, betrachtet – wollte, aber ebensowenig ist entscheidend, was der Adressat, wiederum subjektiv, sich vorstellte. Sondern man bestimmt den Inhalt der Äusserung objektiv: Als Inhalt gilt das, was man unter der Äusserung verstehen durfte und musste. Es ist das Verständnis vernünftiger und korrekter Leute, also supponierter Aussenstehender, das man als Massstab nimmt. Wie solche Leute eine konkrete Äusserung verstehen, das ist das Ergebnis der Interpretation; der Eindruck, den *sie* vom Reden, Schreiben und Verhalten des sich Äussernden gewinnen[47].» Methodisch ist also ein hypothetischer Wille zu bestimmen; das Verfahren ist daher normativ[48]. Der so gefundene hypothetische Wille kann, aber muss nicht mit seinem natürlichen Korrelat übereinstimmen.

Wenn wir die Auslegung aufgrund des Vertrauensprinzips als normativ bezeichnen, so bedarf dies einer Präzisierung: nach jener Auslegungslehre kommt es an auf die Betrachtungsweise «vernünftiger und korrekter Leute» unter Berücksichtigung der konkreten Umstände. Ihre Art, eine Äusserung zu verstehen, wird zur Norm erhoben. Die faktisch vorliegende Erklärung wird unter einem verobjektivierten Gesichtspunkt normiert. Da es sich indessen bei den «objektiven und vernünftigen Leuten», ähnlich wie beim altrömischen «pater familias», um eine Abstraktion[49] handelt, ist es unerlässlich, den Induktionsbereich dieser Sicht näher zu bestimmen. Allzuleicht besteht sonst die Gefahr, dass der urteilende Richter[50] mangels wegleitender Richtlinie seine eigene Auffassung als jene der phantomhaften «vernünftigen und korrekten Leute» ausgibt und dass das Auslegungsergebnis in der Folge durch Zufälligkeiten der urteilenden Person geprägt wird. Nur durch diese Einschränkung kann einigermassen vermieden werden, dass sich Willkür, verdeckt durch pseudorationale Argumentation, in den Auslegungsvorgang einschleicht.

[46] Auch im deutschen Recht ist bei der Auslegung vom Erklärungsempfänger auszugehen: FLUME, a.a.O., S.311; CRAUSHAAR, Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, S.33ff., 40.

[47] In SJZ *63* 359. Vgl. auch BAUER, a.a.O., S.38f.

[48] RUMMEL, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, S.17; FLUME, Rechtsgeschäft, S.292, 311.

[49] OFTINGER, ZSR *58* 187 N 21.

[50] Vgl. z.B. BGE *69* II 238, wo das Bundesgericht das Verhalten einer Frau, die einen vorgedruckten und mit Maschinenschrift ergänzten Krediteröffnungsvertrag unterzeichnete, ohne ihn vorher durchgelesen zu haben, als «nicht zu entschuldigen» qualifizierte.

Der durch das Medium der «vernünftigen und korrekten Leute» gewonnene Interpretationsstandpunkt muss sich m. E. an einer der Idee nach empirischen Gegebenheit orientieren. Massgebend muss die Fragestellung sein: Welcher Sinn wird einer bestimmten Äusserung bei Vorliegen bestimmter Umstände von Erklärenden der konkret beteiligten Art nach den Erfahrungen des Lebens, gewöhnlich, beigemessen? Es kommt auf die Meinung an, die die so Erklärenden gewöhnlich [51] und nach der allgemeinen Lebenserfahrung [52] mit ihrer Äusserung verbinden. An diesem Zusammenhang müssen sich die «vernünftigen und korrekten Leute» orientieren. Nur so lässt sich der normative Anspruch der Vertrauenstheorie mit dem Privatautonomiegehalt des Rechtsgeschäftes vereinbaren.

Damit ist bereits ausgesagt, dass nicht jedes Vertrauen des Erklärungsempfängers auf das Ergebnis einer an sich «richtigen» Deutung der ihm vorliegenden Umstände berechtigt ist und daher rechtlichen Schutz verdient. Darüber hinaus ist für unsere Belange folgender Zusammenhang wesentlich: Die Aufnahme von Vertragsverhandlungen begründet nach allgemeiner Auffassung zwischen den Parteien ein besonderes Vertrauensverhältnis [53]. Folge dieses Umstandes bildet nicht bloss die Tatsache, dass sich die jeweils Erklärenden bemühen sollen, ihrem Geschäftswillen möglichst adäquaten Ausdruck zu verleihen. Das besondere Pflichtverhältnis muss m. E. die Parteien auch als Empfänger der Willensäusserungen treffen: Sie haben unter bestimmten Umständen die Grundlage ihres Vertrauens auf den Bestand des Willens ihres Partners innerhalb des Zumutbaren selbständig zu sichern. Bestehen nach der konkreten Sachlage Zweifel daran, ob der Erklärende mit seiner Äusserungsweise den vom Empfänger interpretierten Sinn zum Ausdruck bringen wollte, so hat der Erklärungsempfänger selber durch sachdienliche Rückfragen hierüber Gewissheit herbeizuführen [54]. Die Pflicht zur Sicherung der Vertrauensgrundlage entspricht dem Interesse des Erklärungsempfängers am Schutz seines Vertrauens!

Der Schutz des Vertrauens des Erklärungsempfängers muss um so eher von Sicherungsmassnahmen abhängig gemacht werden, je weniger eindeutig das Auslegungsergebnis der Willensäusserung des Erklärenden ist, je höher mit an-

[51] Dieser Gedanke wurde noch bei DANZ deutlich, wenn er die Willenserklärung als «ein Verhalten einer Person» umschreibt, «welches nach den Erfahrungen des Verkehrs unter Würdigung der Umstände regelmässig den Schluss auf einen bestimmten Willen gestattet», H. DANZ, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 14. Siehe dazu auch B. SCHMIDLIN, Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und im schweizerischen Recht, ZSR *89* (1970) 233 18: Interpretationskriterium sei der mutmassliche Wille des Erklärenden.

[52] BGE *95* II 437.

[53] ENGEL, Traité, S. 135f.; MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N 264f.; OFTINGER, Bundesgerichtspraxis, S. 22; JÄGGI, Kommentar zu Art. 1 OR, N 576. BGE *68* II 295ff.; *77* II 136ff., *92* II 329.

[54] Dazu GÖTZ v. CRAUSHAAR, Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, S. 25 und 38ff. CRAUSHAAR will den Schutz des Erklärungsempfängers ausser von einer Berechtigungsprüfung auch noch von einer «individuellen Verständnisprüfung» abhängig machen.

deren Worten die Wahrscheinlichkeit ist, dass der Geschäftswille des Erklärenden dem aktuellen Verständnis des Empfängers nicht entsprechen könnte.

3. Die bei der objektiven Auslegung zu berücksichtigenden Umstände

Nach dem Gesagten kann auf der Grundlage der Vertrauenstheorie[55] der verbindliche Sinn einer Willensäusserung nicht einfach aus ihrem blossen Wortlaut ermittelt werden. Vielmehr sind die gesamten, dem Empfänger der Erklärung erkennbaren Umstände, unter denen sie abgegeben wurde, in das Auslegungsverfahren miteinzubeziehen. Die zu berücksichtigenden Umstände sind offensichtlich so mannigfaltig, dass sie nicht in abstracto abschliessend erfasst und beschrieben werden können. Die folgende Darstellung hat deshalb nur exemplifikatorische Bedeutung:

a) Die allgemeinen Lebensverhältnisse und die Besonderheiten der Wirtschafts- und Sozialordnung

Wer in einer Wirtschaftsordnung lebt, in der Dienstleistungen von Anwälten oder Architekten in aller Regel gegen Entgelt geleistet werden, darf – besondere persönliche Beziehungen vorbehalten – nicht erwarten, entsprechende Dienste werden ihm gratis gewährt. Wenn sich demnach ein Fachmann zu entsprechenden Arbeitsleistungen bereit findet, darf der Ratsuchende dies in Anbetracht der allgemeinen Wirtschaftsordnung nur als Offerte zu entgeltlicher Tätigkeit verstehen. Der Honoraranspruch beruht hier de principio auf konkludenter Vereinbarung[56].

b) Besondere persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse der Beteiligten

Wer mit einem wenig gebildeten Vertragspartner kontrahiert, kann sich nicht einfach darauf verlassen, dieser verstehe fremdsprachige Ausdrücke, die nicht allgemein verständlich sind[57]. Der Versicherer darf aus der Unterzeichnung des Haftpflichtversicherungsantrages durch den Versicherer nicht einfach annehmen, dieser wolle Risiken aus dem Gebrauch von Sprengstoffen ausschliessen, wenn es sich beim Versicherungsnehmer um einen Steinbruchunternehmer handelt, der seine Tätigkeit mittels Sprengungen betreibt[58]. Wenn ein Rechtsanwalt hingegen einen bestimmten juristischen Begriff gebraucht, ist nicht anzunehmen, er verstehe ihn falsch.

[55] Im Unterschied zur Erklärungstheorie.

[56] Vgl. SJZ *17* 378, *62* 192. Eine weitere Frage ist, ob der Beauftragte de quantitate die Tarifansätze seines Berufsverbandes anwenden kann. Dazu auch SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 89 zu § 2.

[57] Z. B. eine Kegelanlage «second hand», wenn es sich bei der Käuferin um eine Kellnerin handelt: ZR *61* 96. Vgl. auch BGE *91* I 11.

[58] BGE *51* II 230ff.

c) Besondere Umstände im Zusammenhang des Vertragsschlusses

Der Empfänger der Willenserklärung hat das gesamte, dem eigentlichen Vertragsschluss vorangehende Verhalten des andern zur Auslegung heranzuziehen. Dazu gehören insbesondere die während den Verhandlungen geäusserten Meinungen und Absichten. Die vorausgegangene Korrespondenz[59] kann die Ausdrucksweise, die die eine oder beide Parteien beim Vertragsschluss verwendet haben, verdeutlichen. Eine mehrdeutige Äusserung des Käufers kann für den Verkäufer einen eindeutigen Sinn erlangen, wenn er weiss, wofür der Käufer die Kaufsache verwenden will.

d) Verkehrssitten

Allzu lange hat die Diskussion über Natur und Verbindlichkeit der Verkehrssitte darunter gelitten, dass man terminologisch den verschiedenen Arten ihres Erscheinens nicht Rechnung trug. Tatsächlich fasst man mit diesem Terminus recht verschiedenartige Phänomene zusammen, die auch in ihrer rechtlichen Bedeutung keineswegs einheitlich sind.

Es gilt hier, nach einer von RUMMEL[60] eingeführten, vom schweizerischen Schrifttum indessen, soweit ich sehe, noch nicht ausdrücklich aufgenommenen Unterscheidung, Erklärungssitten, echte Verkehrssitten und Vertragssitten auseinanderzuhalten.

aa) Erklärungssitten bestimmen, wie ein bestimmter Ausdruck zu verstehen sei[61]. Mietet jemand das «erste Stockwerk» eines bestimmten Hauses, so kann einzig durch Feststellung einer Erklärungssitte entschieden werden, ob das Parterre oder das darübergelegene Stockwerk Gegenstand der Miete bilde[62]. Teilt ein Bauunternehmer dem Bauherrn mit, er werde eine Arbeit «in Regie» übernehmen, so meint er nach einer bestehenden Erklärungssitte, der Werklohn solle nach Massgabe der aufzuwendenden Arbeitszeit[63] und des benötigten Materials bestimmt werden. Wenn im Textilabfallhandel Kunstseidenabschnitte «im Prinzip ohne weissgestreift» Kaufgegenstand bilden, dann ist durch Feststellung einer Erklärungssitte abzuklären, welche Toleranzgrenze

[59] Vgl. BGE *90* II 449. Das Bundesgericht bezeichnet es als eine «culpa in contrahendo», wenn es der Versicherer versäumt, beim Vertragsabschluss die Akten der früher vom nämlichen Versicherungsnehmer eingegangenen andern Verträgen nachzusehen.

[60] RUMMEL, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, S. 78 ff.

[61] RUMMEL, a. a. O., S. 78. Vgl. dazu MERZ, Massenvertrag und AGB, S. 138: formelartige Abkürzungen seien nach «der Übung auszulegen».

[62] Beispiel nach RUMMEL, a. a. O., S. 78.

[63] Die Ansätze werden, wenn der Werkvertrag darüber nichts Abweichendes enthält, durch die im Zeitpunkt und am Ort der Arbeitsausführung massgebenden Regietarife der Berufsverbände bestimmt. Vgl. dazu Art. 49 der SIA-Norm 118.

üblich ist[64, 65]. Die Erklärungssitte kann dem Schweigen unter Umständen eine Erklärungswirkung beilegen[66]. Die Erklärungssitte geht aus von einer Aussage darüber, was man innerhalb ihres Geltungsbereiches im allgemeinen mit einer bestimmten Ausdrucksweise meint. Sie lässt für den Empfänger der Erklärung einen Schluss darüber zu, welches der massgebende Gehalt der Äusserung ist[67]. Zu beachten ist indessen, dass auch die Erklärungssitte gegebenenfalls nur eines unter mehreren Interpretationselementen darstellt: Im Einzelfall kann sich aus den konkreten Umständen der Willenserklärung oder aus der Person des Erklärenden eine andere Meinung ergeben.

Die Feststellung der Erklärungssitte ist v. a. dann von Bedeutung, wenn eine Ausdrucksweise regional oder durch bestimmte Personengruppen in verschiedener Weise Verwendung findet.

Den Erklärungssitten sind die Handelsklauseln[68] zuzurechnen, die jedoch für das Problem der Einbeziehung und der Geltung von AGB praktisch ohne Bedeutung sind.

bb) Bestimmen Erklärungssitten den massgebenden Sinn der Willenserklärung einer jeden Partei, so haben die *echten Vekehrssitten* eine unmittelbare Ordnung des Inhaltes der Schuldverhältnisse zum Gegenstand. Hier wird regelmässig ein bestimmtes Verhalten als geschuldet angesehen, obwohl es im allgemeinen nicht besonders und ausdrücklich vereinbart worden ist. RUMMEL nennt folgende Beispiele: Verkehrssitten darüber, ob der Mieter eines Geschäftslokales ohne besondere Vereinbarung die vorhandenen Aussenflächen für Reklamen benutzen dürfe oder nicht; ob der Mieter in der Wohnung Nägel einschlagen dürfe oder nicht; ob der Vermieter einer Wohnung die Installation eines Telefonanschlusses oder einer Aussenantenne ohne besondere Vereinbarung dulden muss oder nicht[69].

v. BÜREN[70] beispielsweise nimmt allgemein an, Verkehrssitten seien Bestandteil der «objektiven Ordnung» und beherrschten daher den Vertrag ganz von

[64] Vgl. BGE *91* II 359; vgl. v. TUHR/SIEGWART, Allg. Teil OR, S. 260, die Erklärungssitten pars pro toto für Verkehrssitten nehmen.

[65] Auch die Abgrenzung zwischen reklamehaften Anpreisungen und verbindlichen Zusicherungen erfolgt durch die Erklärungssitte. Ebenso die Beurteilung der Frage, ob das Schweigen des Offerenten auf eine verspätet abgesandte und daher als neue Offerte zu qualifizierende Annahmeerklärung als Akzept zu werten sei oder nicht.

[66] Beispiele: BGE *38* II 625, *71* II 223; ZR *1906* 101.

[67] Daraus folgt, dass die Erklärungssitte nur so lange als Auslegungsmittel in Betracht fällt, als der Empfänger der Willenserklärung nicht annehmen musste, sie sei dem andern nicht bekannt gewesen. BGE *37* II 410.

[68] Z. B. cif, fob.

[69] RUMMEL, a. a. O. Ebenfalls um eine echte Verkehrssitte dürfte es sich bei BGE *50* II 18 gehandelt haben: Es handelte sich um eine im internationalen Eierhandel bestehende Übung, nach der der Offerent während 24 Stunden an seine Offerte gebunden bleibt.

[70] v. BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, S. 170; ebenso DANZ, Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 92; SONNENBERGER, Verkehrssitten im Schuldvertrag, S. 72; v. BÜREN

selbst, auch ohne dass eine Unterwerfung stattgefunden habe. Demgegenüber vertritt das Bundesgericht und mit ihm die überwiegende schweizerische Lehre die Auffassung, Handelsbräuche und Verkehrssitten seien nicht objektives Recht, solange das Gesetz nicht auf sie verweise [71]. Handelsbräuche gelten nach dieser Auffassung nicht ohne weiteres, sondern nur dann als Vertragsinhalt, wenn sie von den Parteien entweder ausdrücklich oder stillschweigend als anwendbar erklärt worden sind.

Meines Erachtens gilt es hier zu differenzieren: Abgesehen von den Fällen gesetzlicher oder ausdrücklicher oder sinngemässer vertraglicher Verweisung, können Verkehrssitten auch im Bereich der ergänzenden Vertragsauslegung [72] Geltung, ja Vorrang vor dem dispositiven Gesetzesrecht beanspruchen. Auch wenn feststeht, dass die Parteien weder ausdrücklich noch konkludent den nachmaligen Streitpunkt geregelt haben, kann die Verkehrssitte anwendbar sein, wenn anzunehmen ist, die Parteien hätten bei vernünftiger Betrachtung [73] der Frage eine übereinstimmende Ordnung vereinbart, und diese Ordnung hätte sich nach dem Üblichen, der Sitte, gerichtet [74].

Die Anwendung der echten Verkehrssitte über den Weg der ergänzenden Vertragsauslegung ist legitim. Sie widerspricht weder dem Gedanken der Privatautonomie, noch steht sie in einem Missverhältnis zum Vertrauensprinzip. Entscheidend fällt jedoch ins Gewicht, dass die Anwendung der Verkehrssitte in aller Regel ein sachgerechteres Ergebnis ermöglicht als die Ausfüllung der Vertragslücke durch das dispositive Gesetzesrecht. Eine echte Verkehrssitte kann sich nämlich im Gegensatz zur Vertragssitte nur dann herausbilden, wenn ihr Inhalt während geraumer Zeit von allen Beteiligten als billig und sachgerecht

übersieht m. E., dass echte Verkehrssitten als solche reine Tatsachen ohne normativen Gehalt sind. Vgl. Bundesgericht in ZR *38* (1939) 137. Ebenso SCHMIDT-SALZER, Das Recht allg. Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 135.

[71] BGE *91* II 359, *90* II 101, *86* II 257, *83* II 523; ebenso DESCHENAUX, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, S. 46, MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, der nur gerade für die von RUMMEL so genannten Erklärungssitten von einer Parteiverweisung absehen will, für echte Verkehrssitten jedoch, wenigstens im Verhältnis zum dispositiven Recht, einen «wirklichen, empirischen Parteiwillen» verlangt, vgl. N 41 ff.

[72] Zu Wesen und Methode der ergänzenden Vertragsauslegung: YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, ZBJV *97* 41 ff.

[73] Es ist also nicht einfach zu fragen, welche Ordnung die Parteien getroffen hätten, wenn sie das betreffende Problem bedacht hätten. Sonst würde in Fällen deutlichen Machtungleichgewichtes zwischen den Parteien der Mächtigere bevorzugt, weil anzunehmen wäre, der andere hätte sich seinem Machtdiktat gebeugt. Der hypothetische Wille der Parteien bedarf also einer teilweisen Objektivierung.

[74] Damit wäre das in ZR *36* (1937) 150 publizierte Urteil zu begründen gewesen. Richtig dagegen ZR *36* (1937) 39 f.: Hier war die Frage nach der massgeblichen Kündigungsfrist zu beantworten. Das Gericht nahm die Kenntnis einer in der Stadt Zürich im Malergewerbe allgemein verbreiteten Sitte an, nach der die Kündigungsfrist im überjährigen Arbeitsverhältnis 14 Tage betrage. Es nimmt eine – nicht ausdrücklich als solche gekennzeichnete – Vertragsergänzung im Sinne des Üblichen vor.

akzeptiert worden ist. Die Richtigkeitskontrolle wird hier durch die Anschauung des Verkehrs ausgeübt.

Die Integration von echten Verkehrssitten in den Einzelvertrag auf dem Wege der ergänzenden Vertragsauslegung kann indessen nur angehen, wenn derjenige, der sich darauf beruft, beim Vertragsabschluss annehmen durfte, der andere habe die Übung gekannt[75].

cc) Von den Erklärungssitten und den echten Verkehrssitten abzugrenzen sind die von RUMMEL[76] so genannten *Vertragssitten*. Damit ist die Tatsache gemeint, dass bestimmte Vertragsinhalte regelmässig ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten vereinbart werden. Während die echten Verkehrssitten von den Beteiligten auch ohne Unterwerfung befolgt werden, ist es gerade Kennzeichen der Vertragssitten, dass sie fast durchwegs besonders vereinbart werden. Aus der Tatsache, dass die besondere Vereinbarung üblich ist, kann man schliessen, dass die Beteiligten die Regelung nicht als automatisch verbindlich ansehen, da sie sonst nicht mehr vereinbart zu werden brauchte.

Vertragssitten können im Gegensatz zu den echten Verkehrssitten[77] auch nicht auf dem Umwege der ergänzenden Auslegung in den Vertrag integriert werden: Gerade der Gedanke, dass die ergänzende Vertragsauslegung von einem objektiven Standpunkt aus zu erfolgen habe[78], verbietet es, den einzelnen Vertrag durch Inhalte zu ergänzen, denen es eben nicht gelungen ist, sich auch ohne entsprechende Vereinbarung im Verkehr als allgemein verbindlich durchzusetzen.

Beispiel für eine Vertragssitte bildet der generelle Ausschluss der Sachgewährleistungspflicht des Verkäufers im Gebrauchtwagenhandel, wie er noch bis vor kurzem in der Schweiz ganz allgemein üblich war. Vor allem jedoch: der Einbezug der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verträgen etwa des Bankverkehrs oder im Baugewerbe. Im Falle der Bankbedingungen wird nicht der Inhalt der AGB zur Vertragssitte: Dieser kann im Gegenteil von Bank zu Bank kleineren inhaltlichen Variationen unterliegen. Die Vertragssitte besteht vielmehr in der Tatsache, dass AGB überhaupt in den Einzelvertrag einbezogen werden; sie besteht in der Verweisungsnorm als solcher.

e) Die besondere Interessenlage unter den Beteiligten

Zu den beim Auslegungsverfahren zu berücksichtigenden Umständen, unter denen die Willenserklärung abgegeben wurde, gehört schliesslich die Interes-

[75] BGE *37* II 410.
[76] RUMMEL, a.a.O., S. 83f.
[77] Vgl. oben, S. 80ff.
[78] Vgl. oben, S. 81, FN 73. Darin liegt m.E. die hauptsächliche materielle Bedeutung der Unterscheidung zwischen einfacher und ergänzender Vertragsauslegung.

senlage, in der sich die Beteiligten beim Abschluss des Vertrages befunden haben[79].

Die besondere Interessenlage zwischen den Beteiligten kann für die Frage, ob AGB überhaupt in den Einzelvertrag aufgenommen worden sind, etwa dann von Bedeutung sein, wenn vor allem der Verwender am Abschluss des Vertrages interessiert war. Hier ist im Zweifel die Frage, ob der Kunde sich auf die AGB des andern eingelassen habe, zu verneinen.

Nur unter grosser Zurückhaltung ist die Interessenlage unter den Beteiligten zur Beurteilung von Fällen heranzuziehen, wo beide Parteien auf ihre eigenen AGB Bezug nehmen. Hier wird man nämlich grundsätzlich annehmen müssen, mangels gegenseitiger übereinstimmender Willenserklärung gelten weder die Bedingungen des einen noch jene des andern Partners[80]. Der Grundsatz, wonach die Annahme einer Offerte unter Anbringung einer Ergänzung als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Auftrag, zu qualifizieren sei[81], ist hier m.E. nicht anwendbar. Ausnahmsweise kann sich aber ergeben, dass die eine Partei sich aufgrund der konkreten Interessenlage trotz ursprünglicher Verweisung auf die eigenen AGB schliesslich stillschweigend jenen des andern unterworfen hat. Dies kann etwa dann der Fall sein, wo die betreffende Partei auf das Zustandekommen des Vertrages geradezu angewiesen war oder wo die eine Partei die Annahme der Offerte ausdrücklich von der Anerkennung ihrer eigenen Bedingungen abhängig gemacht hat und die andere Partei anschliessend vorbehaltlos erfüllt. Bietet beispielsweise ein Fabrikant einem Warenhaus auf der Grundlage seiner allgemeinen Verkaufsbedingungen einen Artikel zum Kaufe an und akzeptiert das Warenhausunternehmen die Offerte unter der ausdrücklichen und individuell formulierten Voraussetzung, dass der Verkäufer sich seinen Einkaufsbedingungen unterwerfe, so gelten m.E. die Bedingungen des Warenhauses als anerkannt, wenn der Fabrikant nun ohne weitere Stellungnahme liefert.

[79] JÄGGI, a.a.O., N 272 zu Art. 1. JÄGGI führt als Beispiel an: Wer sich zur «Bezahlung aller Schulden» eines Dritten verpflichtet, um eine diesem angedrohte Strafverfolgung abzuwenden, verpflichtet sich im Zweifel nur, die Schulden zu bezahlen, die mit dieser Strafverfolgung zusammenhängen.

[80] Ebenso JÄGGI, Kommentar, N 485 zu Art. 1 OR; FLUME, Rechtsgeschäft, S. 674; RAISER, AGB, S. 224 f.; WEBER, AGB, N 292 ff.; anders dagegen die Praxis des BGH, der in nicht ganz einheitlicher Rechtsprechung darauf abstellt, welche Partei zuletzt ihre AGB den andern übersendet: Nachweis bei WEBER, a.a.O., In NJW *1973* 2106 schien der BGH eine Änderung seiner Auffassung anzukündigen.

[81] v. TUHR/SIEGWART, a.a.O., § 24 V; BGH, in NJW *1973* 2106.

I. Die Einbeziehung durch ausdrückliche Verweisungserklärungen

Als unproblematisch stellt sich die Rechtslage dar, wenn von beiden Parteien übereinstimmende ausdrückliche [1] Verweisungserklärungen vorliegen. Die ausdrückliche Übernahme kann in der Unterzeichnung eines Formulars bestehen, das die AGB enthält oder auf sie verweist, oder sie kann in einem individuellen, schriftlichen oder mündlichen Verweis liegen. Die Einbeziehungsabrede ist alsdann zustande gekommen; die AGB sind dem Einzelvertrag inkorporiert. Dabei ist es unter Vorbehalt von Art. 3 VVG für den Versicherungsvertrag nicht notwendig, dass die AGB dem Kunden vor Abschluss überreicht worden sind. Die blosse Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Adherenten genügt [2].

Das Problem der allfälligen Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit des AGB-Inhaltes stellt sich in diesem Stadium der Analyse noch nicht. Willensmängel werden noch kaum aktuell. Hat eine Partei die andere über den Inhalt der AGB absichtlich getäuscht, so steht nicht ein Problem der Willensmängel zur Diskussion, sondern die Frage des Konsenses. Es gelten die AGB nämlich entsprechend der Vorstellung, die sich der «Getäuschte» von ihrem Inhalt gemacht hat [3]. Der objektive AGB-Inhalt ist hier nur scheinbar erklärt, und dies war für den betrügerischen Empfänger der Erklärung erkennbar. Grundlagenirrtum wird keine der Parteien ins Feld führen können, da es den AGB an der nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv, nach der Meinung des Geschäftsverkehrs zu beurteilenden Gewichtigkeit [4] fehlt. Ebenso wird die Berufung auf Übervorteilung an dem dort vorausgesetzten offenbaren Missverhältnis zwischen den auszutauschenden Hauptleistungen [5] des Vertrages scheitern. Schliesslich fällt auch der Erklärungsirrtum ausser Betracht, da der Irrtum über die Einbeziehung keiner der in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 OR umschriebenen Varianten entspricht.

[1] Ausdrücklich ist eine Willenserklärung, wenn sich ihr Sinn aus den als Erklärungsmittel dienenden Zeichen ergibt und nicht aus den Umständen erschlossen werden muss. Im Gegensatz dazu steht nicht die stillschweigende, sondern die konkludente Erklärung.

[2] Nordmann, Le contrat d'adhésion, S. 59 mit Nachweisen; ebenso Forstmoser, Rechtsprobleme, S. 17; BGE *77* II 156.

[3] Vgl. Obergericht Luzern, Maximen *1972* Nr. 67. In den Einzelheiten unten, S. 113ff.

[4] «Nach dieser Bestimmung (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4) ist nicht gebunden, wer sich über einen bestimmten Sachverhalt geirrt hat, der ihm notwendige Grundlage des Vertrages war und bei objektiver Betrachtung, nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, sein durfte...» BGE *84* II 519.

[5] Oftinger, Betrachtungen über die laesio, S. 548; Merz, Länderbericht, S. 97.

II. Die Einbeziehung durch konkludente Verweisungserklärungen

A. Überblick

Wesentlich heikler ist die Analyse der Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag durch konkludentes, schlüssiges[6] Handeln. Hier herrscht eine beträchtliche Rechtsunsicherheit, die in erster Linie auf das weitgehende Fehlen von veröffentlichten Gerichtsurteilen über dieses Problem – soweit es um den nichtkaufmännischen Verkehr geht[7] – zurückzuführen[8] ist. Allgemein lässt sich bloss sagen, dass sich die schweizerischen Autoren[9], die sich mit dieser Frage befasst haben, bei der Frage nach der stillschweigenden Integration der AGB in den Einzelvertrag wesentlich grössere Zurückhaltung auferlegen, als sich dies bis vor kurzem für die deutsche Lehre und Praxis sagen liess.

B. Vorbemerkung: Die rechtsgeschäftliche Bedeutung des Schweigens

Grundsätzlich stellt das Schweigen als solches, für sich allein genommen, keine Willenserklärung dar[10]; das Schweigen als solches ist weder Zustimmung noch Ablehnung[11]. Nach Art. 1 Abs. 2 OR kann eine Willenserklärung jedoch auch stillschweigend erfolgen. Bloss passives Verhalten wird dann als Willenserklärung zugerechnet, wenn nach Gesetz, nach Erklärungssitte oder nach Treu und Glauben der Schweigende einen entgegenstehenden Geschäftswillen hätte kundtun müssen[12]: Qui tacet consentire videtur ubi loqui potuit ac debuit. Auch hier gilt das Vertrauensprinzip. Es geht darum, unter umfassender Berücksichtigung der konkreten Sachlage die Motive des Schweigenden zu ergründen. Das Schweigen muss dann als Erklärungsakt – und zwar in der Regel als Zustimmung – gelten, wenn es, wie dies der Dresdner Entwurf in Art. 43 Abs. 2 formulierte, «nach den Umständen vernünftigerweise eine andere Auslegung nicht zulässt»[13]. Die Wirkung des Schweigens entspricht alsdann dem zu ver-

[6] Nach § 2 AGB-Gesetz ist die konkludente Verweisung auf AGB grundsätzlich nicht mehr genügend. Vgl. ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGBG, N 6 zu § 2; LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, AGBG, N 6 zu § 2.

[7] Für den kaufmännischen Verkehr vgl. BGE *47* II 160ff., *77* II 154ff., *83* II 522ff., *91* II 356ff.; Obergericht Luzern, Maximen *1972* Nr. 67.

[8] Vgl. NORDMANN, Le contrat d'adhésion, S. 13; MERZ, Länderbericht, S. 69.

[9] NORDMANN, a. a. O., S. 61; BÜHLER, in SJZ *72* (1976) 3f. Vgl. namentlich MERZ, Länderbericht, S. 72ff., und Massenvertrag und AGB, S. 147ff.

[10] Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zu Art. 1 OR, N 64; v. BÜREN, Allgemeiner Teil, S. 136; ENGEL, Traité des obligations, S. 102; SECRÉTAN, Lettre de confirmation, S. 237; SAVIGNY, System III, S. 248. Das gilt für den kaufmännischen wie für den nichtkaufmännischen Verkehr.

[11] FLUME, Rechtsgeschäft, S. 64.

[12] BGE *71* II 223ff.; BECKER, Kommentar zu Art. 1 OR, N 39; HANAU, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, AcP *165* (1965) 220ff., 223; SAVIGNY, System III, S. 249.

[13] Zitat nach FLUME, a. a. O., S. 68.

mutenden Zweck der Untätigkeit[14]. Dabei kann m.E. wenigstens für das schweizerische Recht keine Rolle spielen, ob das Schweigen als Erklärungsakt gemeint war oder ob es sich als blosses Unterlassen einer Erklärung darstellt, etwa weil sich der Schweigende über die massgebende Bedeutung seines Verhaltens irrt[15].

Über das Gesagte hinaus können die Parteien durch Abschluss eines Rahmenvertrages oder durch die Praxis innerhalb einer andauernden Geschäftsbeziehung dem Schweigen einen von dessen üblicher Bedeutung abweichenden Sinn verleihen.

Die Willenserklärung kann sich aus einem ausdrücklichen und aus einem stillschweigenden Teil zusammensetzen; das rechtlich relevante Schweigen kann demnach auch nur ein partielles sein.

Ein Weinhändler offeriert beispielsweise einem Kunden 50 Flaschen Wein zu Fr. 20.–, franko Domizil. Der Kunde entgegnet, nur zu Fr. 18.– kaufen zu wollen. Der Weinhändler ist in der Folge damit einverstanden. Der Kunde hat in diesem Fall die Offerte des Händlers abgelehnt und gleichzeitig ein Gegenangebot gemacht. Diese Gegenofferte bezieht sich ausdrücklich nur auf den Kaufpreis des Weines, stillschweigend schliesst sie jedoch die zunächst vom Weinhändler angebotene Erfüllungsmodalität «franko Domizil» ein. Das Akzept des Weinhändlers bezieht sich auf das gesamte Angebot des Kunden und umfasst damit auch die Domizilbestimmung[16].

Eine teilweise stillschweigende Annahme liegt immer dann vor, wo der Annehmende, ohne ausdrücklich global zu akzeptieren, den einzelnen Bedingungen der Offerte nicht widerspricht. Die Rechtslage ist dann gleich wie bei einem Globalakzept.

Für unsere Untersuchung über die Geltung allgemeiner Geschäftsbedingungen für den Einzelvertrag gilt daher als Grundsatz: Der Verwender darf dann eine Verweisung des Kunden auf die AGB als stillschweigend miterklärt betrachten, wenn er annehmen kann, der Kunde sei sich im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung seines, des Verwenders, Verweisungswillens bewusst gewesen. In diesem Falle darf der Verwender das vollständige oder teilweise Schweigen des Kunden als Zustimmung zur Integration der AGB werten. Wenn der Kunde mit einem Teil der Offerte nicht einverstanden ist, so hat er dies zum Ausdruck zu bringen[17].

Immer jedoch hat sich der Verwender als Empfänger einer stillschweigenden Verweisungserklärung, wenn er auf die fehlende Äusserung als auf ein beredtes

[14] Betti, Teoria generale del negozio giuridico, S. 145.

[15] Ebenso Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 17; Betti, a.a.O., S. 145. A.A. Jäggi, Kommentar zu Art. 1, N 144, und Flume, a.a.O., S. 65.

[16] «Die Einigung über den von Anfang an einzig strittigen Punkt führt auch ohne ausdrückliche Zustimmung zu den unbestrittenen Punkten zum Vertragsschluss.» Tessin, Tribunale di Appello, Rep. 77 (1944) 39. Ebenso Handelsgericht Zürich, in ZR *46* (1947) 106.

[17] Ebenso Naegeli, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 233f.

Schweigen vertrauen will, zu vergegenwärtigen, dass das Schweigen gegenüber der ausdrücklichen Erklärung grundsätzlich weniger sichere Schlüsse auf die Absicht des präsumtiven Erklärenden zulässt[18]. Die Auslegung eines Schweigens kann immer nur ein mehr oder weniger wahrscheinliches Resultat zeitigen. Besondere Bedeutung erlangt hier deshalb, was ich oben[19], im Anschluss an CRAUSHAAR, «Berechtigungsprüfung», genannt habe. Muss sich der Verwender sagen, das vollständige oder teilweise Schweigen seines Partners lasse nur einen relativ unsicheren Schluss auf einen empirischen Verweisungswillen zu, so ist es ihm ohne weiteres zuzumuten, durch entsprechende Rückfragen die Grundlage seines Vertrauens selbständig zu sichern. Man muss hier berücksichtigen, dass er es ist, der in erster Linie ein Interesse an der Einbeziehung der AGB in den abzuschliessenden Einzelvertrag hat. Er soll daher für eine einwandfreie Geltungsgrundlage des von ihm Proponierten sorgen.

C. Die «Wissen-Müssen»-Formel

1. In der deutschen Lehre und Rechtsprechung

Die deutsche Doktrin hat vor dem Erlasse des AGB-Gesetzes erhebliche Bemühungen unternommen, eine dogmatische Grundlage für die Zurechnung von AGB zu schaffen, auf die der Verwender beim Abschluss des Vertrages weder ausdrücklich noch konkludent hingewiesen hat und die der Kunde im massgebenden Zeitpunkt noch gar nicht kannte. Neben der Geltung der AGB kraft normierender Verkehrssitte[20] und der Verbindlichkeit infolge Verletzung einer Widerspruchsobliegenheit durch den Kunden[21] hat dabei vor allem die Lehre vom «Wissen-Müssen» der AGB weitgehende Zustimmung durch die Doktrin und Anerkennung durch die Rechtsprechung gefunden. In den problematischen Fällen haben die deutschen Gerichte die Geltung der AGB nach dieser Lehre dennoch bejaht, wenn der Kunde vom Vorhandensein und der Anwendung der AGB Kenntnis haben oder doch mit ihnen rechnen musste[22]. Mit der Umschreibung der Kriterien des «Kennen-Müssens» ist die Rechtsprechung im Laufe der Zeit immer grosszügiger geworden. Der Kunde musste darnach von den AGB und vom Verweisungswillen des Proponenten nicht nur dann Kenntnis haben, wenn sie ihm mitgeteilt worden waren, sondern unter Umständen auch dann, wenn sie bloss «bekannt gemacht» worden waren. Dann wurde von

[18] Ebenso HANAU, a.a.O., S. 242.

[19] Oben, S. 77.

[20] Die Lehre von der Geltung kraft normierender Verkehrssitte wurde von RAISER entwickelt. Ihm folgte ERMAN/HEFERMEHL, BGB III 3c vor § 145. Vgl. dazu unten, S. 106ff.

[21] MEESKE, Die Unterwerfung unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, Betriebs-Berater *1959* 857ff.; KRAUSE, AGB und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, Betriebs-Berater *1955* 267.

[22] Vgl. WEBER, AGB, S. 341.

ihm verlangt, dass er die AGB hätte zur Kenntnis nehmen müssen, wenn und soweit dies bei der Anwendung der im Verkehr zumutbaren [23] Aufmerksamkeit möglich war. Vom Kunden wurde damit ein bestimmter Willensimpuls, die AGB zur Kenntnis zu nehmen, verlangt. Hatte diese Aufnahmebereitschaft dann zu einer Erkenntnis von Existenz und Bedeutung der AGB geführt, wurde dem Kunden die Verpflichtung auferlegt, beim Abschluss des Einzelvertrages ungefragt gegen die Anwendbarkeit der AGB Einspruch zu erheben oder sie, wenn er dies unterliess, als rechtsverbindlich zu akzeptieren. Hatte hingegen der Kunde von der ihm gebotenen Möglichkeit, die AGB zur Kenntnis zu nehmen, keinen Gebrauch gemacht und aus diesem Grunde sich gegen die Anwendbarkeit nicht zur Wehr gesetzt, so hatte «er sich etwaige nachteilige Folgen selber zuzuschreiben» [24].

So nahm die Praxis an, der Kunde hätte von den AGB wissen müssen, wenn Art und Umfang des Geschäftsbetriebes des Verwenders die Verwendung von AGB erwarten liessen [25], wenn eine jahrelange Geschäftsverbindung bestand [26] oder die AGB veröffentlicht worden waren [27].

2. Die Bedeutung für das schweizerische Recht

Bei der Würdigung der «Wissen-Müssen»-Formel für das schweizerische Recht ist vorweg darauf hinzuweisen, dass sie als solche materiell noch nicht festlegt, unter welchen tatsächlichen Voraussetzungen dem Kunden eine Widerspruchspflicht obliegt. Genau besehen stellt sie bloss ein im Einzelfall konkretisierungsbedürftiges Zurechnungskriterium dar [28], das lediglich aussagt, dass unter Umständen der Verweisungswille als durch den Verwender miterklärt gelten solle, und unbestimmt lässt, welche Fälle diese Regel konkret mitumfasst.

Es ist daher nicht zu bezweifeln, dass der «Wissen-Müssen»-Satz auch für das schweizerische Recht Geltung beanspruchen kann. Auch hier kann durchaus gesagt werden: Wenn der Kunde vom Verweisungswillen des Verwenders Kenntnis haben musste, ist er zum Widerspruch gehalten, wenn er die Geltung der AGB verhindern will.

[23] So Weber, AGB, S. 343. Zumutbar bedeutet danach: Der Vertragspartner braucht nur soviel an gutem Willen, geistiger Energie und an Aufmerksamkeit zur Erlangung der Kenntnis von AGB des Verwenders aufzubringen, als ihm nach seinen geistigen Anlagen, Fähigkeiten und seiner Lebenserfahrung und überhaupt nach den Umständen abverlangt werden kann. Für Huhn, AGB, S. 202, ist die Verwendung des Terminus «Kennen-Müssen» «in diesem Zusammenhang ... ein ziemlich untrügliches Anzeichen dafür, dass von der Vertragstheorie unbemerkt Abschied genommen und die Zulässigkeit unbeschränkter privater Normsetzung bedenklicherweise anerkannt» wird.

[24] Weber, AGB, S. 342.

[25] RG in JW *1937* 298 Nr. 2.

[26] BGH in NJW *1962* 1195.

[27] RGZ *103* 84ff.; RG in JW *1931* 1958.

[28] Ähnlich Schmidt-Salzer, AGB, N 24.

Gretchenfrage für Theorie und Praxis ist demgegenüber, was man im Einzelfall der «Wissen-Müssen»-Formel subsumiert, d.h. wann man konkret annimmt, der Kunde habe vom Verweisungswillen des Verwenders wissen müssen. Die Antwort darauf erfolgt nun nach schweizerischem wie nach deutschem Recht normativ. Entscheidend ist nicht, ob der Kunde vom Verweisungswillen des Verwenders tatsächlich Kenntnis hatte oder nicht[29]. Massgebend ist vielmehr, ob der Verwender nach den Umständen des Einzelfalles annehmen durfte, der Kunde habe im Zeitpunkt der Abgabe[30] seiner Willenserklärung von seinem, des Verwenders, Verweisungswillen Kenntnis gehabt.

Die Kritik der deutschen Praxis hat nach dem Gesagten bei der Bestimmung der unter die «Wissen-Müssen»-Formel fallenden Tatbestände anzusetzen. Hier zeigt sich nun sinnfällig, wie aktuell die Gefahr einer unkontrollierten Ausdehnung des Vertrauensschutzes des Erklärungsempfängers, also des Verwenders, ist, wenn sich die Interessenwürdigung vom mutmasslichen tatsächlichen Bewusstsein und vom tatsächlichen Geschäftswillen des Kunden entfernt. Dass die «Wissen-Müssen»-Formel die deutsche Rechtsprechung oft dazu verleitete, eine Erklärung (und nicht nur einen Geschäftswillen) des Kunden zu fingieren, ist in der einschlägigen Literatur wiederholt konstatiert worden[31].

Für das schweizerische Recht ist daran zu erinnern, dass der Empfänger einer rechtsgeschäftlichen Erklärung bei der Interpretation den tatsächlichen[32] Geschäftswillen des andern zu erforschen hat. Er muss sich fragen, welches die tatsächliche Meinung des andern sei. Nur wo die Umstände und das Verhalten des Kunden den Schluss auf einen empirischen Geschäftswillen gestatten, wird nach dem Vertrauensprinzip das Vertrauen des Erklärungsempfängers geschützt. Nur innerhalb dieses Bereiches ist die Anwendung der «Wissen-Müssen»-Formel auch für das schweizerische Recht zulässig.

[29] Demgegenüber ist nach FORSTMOSER, Rechtsprobleme, S. 15, und MERZ, Festschrift Schönenberger, S. 147, tatsächliche Kenntnis des Kunden von der Existenz der AGB Voraussetzung für die Annahme einer stillschweigenden Verweisungserklärung. Nach der Vertrauenstheorie kommt es jedoch nicht auf den tatsächlichen Willen des Erklärenden, sondern nur darauf an, was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände für den tatsächlichen Willen des andern halten durfte und musste. Es ist nicht gerechtfertigt, für die AGB von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen.

[30] Ungenügend ist, wenn der Verwender nach korrekter Würdigung der Umstände davon ausgehen muss, dem Kunden sei früher einmal bekannt gewesen, dass man mit ihm, dem Verwender, nur auf der Grundlage seiner AGB ins Geschäft kommen könne, dieses Bewusstsein habe ihm beim Abschluss des Vertrages indessen gefehlt. Ebenso NAEGELI, AGB, S. 276.

[31] FLUME, Rechtsgeschäft, S. 670; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht, I/1, S. 102; vgl. auch HELM, Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, Juristische Schulung *1965* 121 ff.; SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 25 zu § 2: «Soweit man mit der «Wissen-Müssen-Formel» erleichterte Einbeziehungsvoraussetzungen ausdrücken wollte, war sie falsch.»

[32] Oben, S. 75 ff.

D. Typische Fälle konkludenter Verweisung auf AGB

1. Vor dem Vertragsschluss übersandte individuelle Empfehlungs- und Bewerbungsschreiben; Offerten

Bei individuellen Offerten und Empfehlungsschreiben kann vorausgesetzt werden, dass sie vom Adressaten in aller Regel zur Kenntnis genommen werden [33]. Wird in ihnen klar und deutlich auf die AGB verwiesen, so darf der Verwender darauf vertrauen, dass der Kunde auch von seinem Einbeziehungswillen Kenntnis erhielt. Wenn der Kunde die Offerte akzeptiert oder – bei einer «invitatio ad offerendum» – mit oder ohne Bezugnahme auf das Empfehlungs- oder Bewerbungsschreiben ein Angebot macht, auch ohne auf die AGB hinzuweisen, so gelten die Bedingungen seitens des Kunden als durch schlüssiges Verhalten in den Einzelvertrag einbezogen [34]. Dies ist jedenfalls soweit rechtens, als zwischen dem Bewerbungsschreiben und der ohne Bezugnahme hierauf gestellten Offerte des Kunden nicht eine längere Zeit verstrichen ist und der Verwender sich aus diesem Grunde zur Befürchtung veranlasst hätte sehen müssen, seine Verweisungserklärung sei dem Kunden im Zeitpunkt der Offertstellung nicht mehr bewusst gewesen [35]. Liegt das Empfehlungs- oder Bewerbungsschreiben jedoch längere Zeit zurück, so ist die Vertrauensgrundlage des Verwenders nicht mehr hinreichend gesichert.

Eine stillschweigende Einbeziehungserklärung liegt auch dann vor, wenn der Kunde auf die die Verweisungserklärung des Verwenders enthaltende Offerte mit Abänderungsvorschlägen reagiert. Die nun ihrerseits als Offerte zu qualifizierende Äusserung des Kunden umfasst konkludent die gesamte Erklärung des Verwenders, soweit sie eben nicht Abänderungsvorschläge enthält. Wenn der Verwender nun seinerseits global akzeptiert, so liegen von beiden Seiten stillschweigende Einbeziehungserklärungen vor [36].

Ungenügend ist die Bekanntgabe des Einbeziehungswillens des Verwenders jedoch immer dann, wenn die Verweisungserklärung im Offertschreiben versteckt ist oder wenn sie nur undeutlich aufgedruckt oder inhaltlich nicht klar ist. Ebensowenig genügt, wenn die AGB ohne Hinweis auf der Vorderseite einfach auf der Rückseite des Schreibens abgedruckt sind. Hier besteht eine erhebliche Gefahr, dass der Kunde die AGB übersieht. Ihm kann nicht zugemutet werden, das Geschäftsschreiben nach allfälligen Verweisungserklärungen oder nach all-

[33] Naegeli, AGB, S. 239.
[34] Oben, S. 86. Vgl. dazu § 2 Abs. 1 Ziff. 1 AGB-Gesetz. Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, N 21 zu § 2; Dietlein/Rebmann, AGB-aktuell, N 2 zu § 2.
[35] Naegeli, AGB, S. 276.
[36] Oben, S. 86.

fälligen auf der Rückseite enthaltenen AGB geradezu abzusuchen. Dies gilt auch für den kaufmännischen Verkehr[37].

Umgekehrt muss es meines Erachtens genügen, wenn der Verwender ausdrücklich auf die auf der Rückseite des Schreibens enthaltenen AGB verweist[38] oder dem Offert- oder Empfehlungsschreiben auch ohne ausdrückliche Verweisungserklärung ein separates Blatt mit den vorgedruckten AGB beilegt[39]. Ein besonderes Schriftstück ist nicht zu übersehen. Der Kunde kann dies vernünftigerweise auch nicht anders deuten denn als Verweisungserklärung des Verwenders.

In der Regel nicht erforderlich ist, dass die Verweisungsofferte des Verwenders von seiner Unterschrift gedeckt wird[40]. Auch wenn der Verweis am untern Rande – gut sichtbar – aufgedruckt ist, bildet er einen Teil der Offerte. Anders verhält es sich nur, wo ein gesetzlicher oder gewillkürter Schriftform unterliegender Vertrag vorliegt oder wo die AGB eine nur in Schriftform zulässige Abrede enthalten. Hier muss sich die Unterschrift durch «ihre örtliche Stellung äusserlich als eine die Urkunde vollziehende Willenserklärung darstellen»[41].

2. Vor dem Vertragsschluss zugestellte Reklamesendungen mit nichtindividuellem Massencharakter; Kataloge, Prospekte usw.

Anders als individualisierte Offerten und Bewerbungsschreiben wenden sich Reklamesendungen, Kataloge, Prospekte usw., an einen unbestimmten Publikumskreis und zeichnen sich deshalb durch ihren Massencharakter aus. Hier ist die Wahrscheinlichkeit ungleich geringer, dass sie vom Adressaten bewusst zur Kenntnis genommen werden. Selbst dann, wenn sie dieses Ziel des Verwenders erreichen, ist die Kenntnisnahme in der Regel weniger intensiv als bei individuellen Offerten. Und vor allem: Der Kunde studiert die Reklamesendung gewöhnlich nicht in umfassender Weise. Wenn überhaupt, interessiert er sich nur für bestimmte Artikel, nicht aber für das gesamte Sortiment. Da die Aufmerksamkeit des Kunden sich normalerweise nur auf einen beschränkten Interessenkreis konzentriert, wird er allfälligen im Katalog auch noch abgedruckten All-

[37] Obergericht Luzern, Maximen *1972* Nr. 67; ebenso SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 31, und: Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 127; ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGBG, N 21 zu § 2.

[38] BGE *84* II 556. Ebenso der BGH in einem in «Versicherungsrecht» *65* 973f. abgedruckten Entscheid sowie OLG München in Betriebs-Berater *1958* 787; LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, N 6 zu § 2.

[39] Ebenso NAEGELI, AGB, S. 239, und GOETZ/HUHN, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben, S. 35. A. A. SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 32 sowie *ders.*, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 126; HUHN, AGB, S. 200.

[40] Ebenso SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 30, mit Nachweisen. Diese Auffassung steht nicht im Widerspruch zu BGE *85* II 565, wo das Bundesgericht entschied, der Vertragsinhalt müsse von der Unterschrift gedeckt sein. Jene Regel gilt nur für Verträge, deren Gültigkeit vom Gesetz oder durch die Parteien von der Einhaltung der Schriftform abhängig gemacht wird.

[41] GUHL/MERZ/KUMMER, Obligationenrecht, S. 123.

gemeinen Geschäftsbedingungen mit beträchtlicher Wahrscheinlichkeit keine Aufmerksamkeit schenken.

Der Verwender muss diesen Umständen nach der Vertrauenstheorie Rechnung tragen[42]. Seine Vertrauensgrundlage ist in solchen Fällen entscheidend vermindert. Er muss sich sagen, der Kunde habe seine AGB mit einiger Wahrscheinlichkeit übersehen. Er darf deshalb nicht annehmen, in den Bestellungen seiner Kunden sei stillschweigend eine Verweisungserklärung mitenthalten[43]. Dies muss auch dann gelten, wenn die Kunden sich ausdrücklich auf den Katalog oder die Reklamesendung beziehen.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist in ganz engen Grenzen dort angezeigt, wo der Kunde auf der Grundlage eines ganz kurzen Prospektes bestellt und dieses Schriftstück einen Verweis auf die AGB enthält, der vom Kunden schlechterdings nicht zu übersehen ist[44]. Allgemein hat man sich aber stets zu vergegenwärtigen, dass die Aufmerksamkeit des Adressaten gegenüber Reklameangeboten selektiv und nicht intensiv ist.

Dem Verwender wird es hier jedoch regelmässig ein leichtes sein, dieses rechtliche Ergebnis durch zweckdienliche Vorkehren abzuwenden. Er kann der Reklamesendung Bestellzettel beilegen und diese Formulare mit einer ausdrücklichen Verweiserklärung versehen.

Ein ernsthaftes Problem gibt die Frage auf, ob in Fällen, wo die in Katalogen oder Prospekten enthaltenen AGB aus der Sicht des Verwenders nicht in den Einzelvertrag aufgenommen worden sind, auch dem Kunden die Berufung auf die stillschweigende Übernahme verweigert werden kann. M. E. ist dies abzulehnen: Der Verwender hat die Zweideutigkeit der Erklärung des Kunden verursacht. Er muss damit rechnen, der andere habe bei der Vertragsofferte stillschweigend auf den allgemein kundgegebenen Verweisungswillen Bezug genommen. Die AGB haben in solchen Fällen deshalb immer dann als stillschweigend vereinbart zu gelten[45], wenn der Kunde glaubhaft macht, er habe auf ihrer Grundlage offeriert.

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden: Die Bekanntgabe des Verwei-

[42] Die Willenserklärung des Kunden erscheint aus der Sicht des Verwenders als zweideutig. Von ihm aus betrachtet lässt sich nicht genau sagen, ob der Kunde seine Offerte stillschweigend auf der Grundlage der AGB gestellt hat oder nicht. Diese Ungewissheit beruht auf der nur teilweise tauglichen Art und Weise, wie der Verwender seinen Verweisungswillen kundgetan hat. Die Ungewissheit ist von ihm verursacht; sie darf daher nicht zum Nachteil des Kunden ausschlagen.

[43] Mit gleichem Ergebnis: SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 53f. A. A. JÄGGI, N 457 zu Art. 1 OR (ohne Begründung), und RAISER, AGB, S. 183, mit Nachweisen. LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, AGBG, N 7 zu § 2.

[44] Ähnlich, jedoch etwas allgemeiner: NAEGELI, AGB, S. 275. Vgl. auch RAISER, AGB, S. 112 und 183. SCHNEIDER will demgegenüber darauf abstellen, ob die Vermerke üblicherweise Gegenstand solcher Kataloge sind: Betriebs-Berater *1951* 743. Nach LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER genügt ein Vordruck auf einem Bestellzettel, unmittelbar über der Unterschrift des Kunden: AGBG, N 7 zu § 2.

[45] Ebenso JÄGGI, a. a. O., N 479 zu Art. 1 OR.

sungswillens durch massenhafte, nichtindividuelle Werbemittel gestatten dem Verwender nicht, sich auf die stillschweigende Vereinbarung der AGB zu berufen. Anderseits verpflichten sie ihn, die Bedingungen trotz Fehlens einer ausdrücklichen Vereinbarung gegen sich gelten zu lassen.

3. Allgemeine Publikation der AGB vor Abschluss des Vertrages

Ähnliche Erwägungen wie bei der Bekanntgabe der AGB oder des Verweisungswillens durch Kataloge und Prospekte müssen bei der rechtlichen Würdigung der Fälle massgebend sein, wo der Verwender seine Bedingungen durch Veröffentlichung in Zeitungen und Zeitschriften bekanntgegeben hat. Auch hier ist davon auszugehen, dass die potentiellen Vertragspartner selbstverständlich nicht verpflichtet sind, derartige Mitteilungen in der Tages- oder Fachpresse zu beachten. Eine allgemeine Publikation der AGB vermag zwar ein Kennen-Können zu begründen, nicht aber ein Kennen-Müssen. Auf diesem Boden steht das gesamte, auch das massgebende deutsche Schrifttum[46]. Anderer Meinung ist demgegenüber, dem früheren Reichsgericht[47] folgend, der deutsche Bundesgerichtshof[48].

Man wird indessen nicht soweit gehen können, wie RAISER dies tut, wenn er die Veröffentlichung der AGB durch den Verwender als rechtlich indifferenten Akt bezeichnet[49]. Der Verwender hat mit der Publikation der AGB im Hinblick auf die Auslegung der künftigen Willenserklärung eine zweideutige Situation geschaffen. An sich lässt die Publikation der AGB oder des Verweisungswillens aus der Sicht des Adressaten den Schluss zu, der Verwender wolle nur auf der Grundlage seiner AGB Einzelvertragsverhältnisse eingehen. Das Problem liegt nur darin, dass die Art und Weise der Bekanntgabe oftmals, aber nicht immer, den angestrebten Kommunikationseffekt verfehlt. Wenn der Verwender nun aus dem Adressatenkreis Vertragsangebote erhält, die sich nicht ausdrücklich auf seine AGB beziehen, kann er daraus objektiv nicht entnehmen, ob die Kunden sich stillschweigend auf die AGB beziehen oder nicht. Sowohl das eine wie das andere ist möglich. Da jedoch der Verwender durch die konkrete Art der Bekanntgabe seines Verweisungswillens diese Unsicherheit verursacht hat, muss ihm zugemutet werden, die Vertrauensgrundlage selbständig zu klären. Wenn er dies unterlässt, muss er damit rechnen, dass der Kunde sich bei seiner

[46] NAEGELI, AGB, S. 273 ff., 276; JÄGGI, Kommentar, N 458 zu Art. 1 OR; RAISER, AGB, S. 188; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL, HGB, N 80 zu § 346; SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 27 f. Anders noch MICHEL, Die AGB als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, S. 65. Danach soll die Publikation von AGB eine Vermutung ihrer stillschweigenden Vereinbarung anlässlich des Einzelvertrages begründen. Ebenso WANNER, Rechtsnatur, S. 121.

[47] RGZ *103* 84, 86, *109* 299, 305.

[48] BGH in Versicherungsrecht *67* 63 f.

[49] RAISER, AGB, S. 109 und 179 f.

Offerte auf die AGB bezogen hat. Es muss daher dabei bleiben, dass der Verwender nicht auf die stillschweigende Einbeziehung seiner AGB vertrauen darf, anderseits aber verpflichtet ist, die Bedingungen gegen sich gelten zu lassen[50].

4. Anschläge im Geschäftslokal

Eine erhebliche praktische Bedeutung kommt der Frage nach dem stillschweigenden Verweis auf AGB zu, die in den Geschäftslokalitäten des Unternehmers angeschlagen oder aufgelegt sind[51]. Dabei ist an recht unterschiedliche Sachverhalte zu denken:

Eine Bank schlägt ihre verhältnismässig umfangreichen und kleingedruckten Bedingungen als Aushang in der Schalterhalle an. Oder: Über der Einfahrt eines Parkhauses ist – vor oder nach dem Ticketausgabeautomaten – eine grosse Tafel angebracht, auf der das Unternehmen die Haftung für Beschädigungen und Diebstahl der Automobile ausschliesst. Oder: In einem Hotelzimmer ist auf dem Aushang mit den Zimmerpreisen auch eine Klausel aufgedruckt, die besagt, die Verantwortlichkeit gemäss Art. 487 ff. OR werde abbedungen. Oder: Über dem Ladentisch eines Kleiderreinigungsunternehmens hängt ein nicht zu übersehender Anschlag, worauf der Inhaber erklärt, für verlorene Knöpfe von Kleidungsstücken nicht haften zu wollen.

Die tatsächliche Unterschiedlichkeit der in Betracht kommenden Fallgruppen verbietet es, sie bei der rechtlichen Behandlung über einen Leisten zu schlagen. Auch hier muss für die Frage, ob der Verwender auf eine stillschweigende, konkludente Abgabe einer Verweisungserklärung vertrauen dürfe, davon ausgegangen werden, ob der Kunde nach Lage der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit den Anschlag bemerkt und dessen Tragweite zutreffend einschätzt. Dies ist immer dann der Fall, wenn die AGB nach den konkreten örtlichen Verhältnissen nicht zu übersehen waren. Diese Voraussetzung darf man im Einzelfall jedoch nicht leichthin als erfüllt betrachten[51a]. Der Anschlag muss dem Kunden in die Augen springen. Es darf ihm nämlich nicht zugemutet werden, die Örtlichkeit nach allfälligen AGB abzusuchen. Es ist zu beachten, dass der Durchschnittskunde sich von der Möglichkeit ihrer Existenz in aller Regel überhaupt keine Rechenschaft gibt.

Ist die Bedingung aber erfüllt, kann die Einbeziehungserklärung wenigstens in jenen Fällen als konkludent erteilt betrachtet werden, wo der Hinweis so angebracht worden ist, dass der Kunde ihn *vor* Vertragsschluss zur Kenntnis nehmen musste. Insoweit bestehen keine Probleme.

[50] JÄGGI, Kommentar, N 479 zu Art. 1 OR.

[51] MERZ, Contrôle, S. 199: «Il va de soi qu'il ne suffit pas d'afficher les conditions générales dans un local de commerce, par exemple dans une banque.»

[51a] Nach französischem Recht ist der Kunde, abgesehen von öffentlich-rechtlichen Tarifen und Reglementen, überhaupt nie verpflichtet, Anschläge und Aushänge zur Kenntnis zu nehmen: BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, S. 60 N 102. Zur Rechtslage nach dem AGBG: LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, a. a. O., N 9 zu § 2.

Heikler wird die Angelegenheit, wenn es sich um Hinweise handelt, die der Kunde nach den örtlichen Gegebenheiten mit hoher Wahrscheinlichkeit erst nach dem Abschluss des Vertrages zur Kenntnis nehmen wird [52]. Hier muss das Urteil von der Tatsache ausgehen, dass die Verweisung auf die AGB eine konkludente Offerte zur Abänderung des eben geschlossenen Vertrages darstellt [53]. Ein Konsens über die Abänderung des Vertrages bedarf der Zustimmung beider Parteien. Der Kunde kann sein Einverständnis auch durch konkludentes Verhalten äussern. Grundsätzlich ist es auch möglich, dem rein passiven Verhalten des nachträglich mit den AGB konfrontierten Kunden Erklärungswirkung beizulegen.

Dies kann indessen nicht in allgemeiner Weise geschehen. Einen entsprechenden Erklärungswillen darf man dem Kunden schon deshalb nicht ohne weiteres unterstellen, weil ihm angesichts der ihn fast durchwegs benachteiligenden AGB normalerweise jedes Interesse an einer entsprechenden Vertragsänderung fehlt. Ausserdem sieht er sich nun nicht mehr einer den Einbeziehungsvorgang sonst charakterisierenden Inäquivalenz der bargaining power gegenübergestellt, die ihn allenfalls zur Abgabe eines stillschweigenden Einverständnisses veranlassen könnte: Der Vertrag, den er eingehen wollte, ist ja bereits geschlossen. Schliesslich ist an den allgemeinen Grundsatz zu erinnern, wonach Stillschweigen auf einen Antrag in der Regel keine Annahme bedeutet, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um ein Verhältnis des kaufmännischen Verkehrs handelt [54]. Dies gilt erst recht, wenn es sich um ein dem Adressaten ungünstiges Geschäft handelt [55].

Die Beurteilung, ob das Stillschweigen des Kunden als Zustimmung zur Vertragsänderung zu werten sei und ob von ihm eine ausdrückliche Ablehnung der Vertragsänderungsofferte hätte erwartet werden dürfen, muss m. E. von einer Abwägung der beiderseits auf dem Spiel stehenden Interessen abhängig gemacht werden [56]. Hier ist von der Tatsache auszugehen, dass der Verwender vom Kunden nicht ohne weiteres erwarten darf, er werde schon reagieren, wenn er mit dem Änderungsantrag nicht einverstanden sei. Er darf ihm – da er zum andern in einem rechtlichen Koordinationsverhältnis steht – nicht einfach die mit der Ablehnung des Antrages verbundene Last zuschieben [57]. Dies ist nur un-

52 Dazu CARBONNIER, Droit civil II, 4. A., S. 66.

53 So Cour de cassation in Cass. Req. 26. Dezember 1898. Ebenso für Zurückhaltung WEBER, AGB, N 255, und MERZ, Contrôle, S. 199.

54 BGE *30* II 301; HG St. Gallen in SJZ *51* (1955) 228.

55 Entsch. KG Wallis *1968* 292ff.

56 Art. 6 OR verlangt eine besondere Natur des Geschäftes oder der Umstände. Die dogmatische Grundlage für eine allfällige Verpflichtung zum Widerspruch liegt in dem durch die Vertragsverhandlungen und den Vertragsabschluss begründeten besondern Treue- und Pflichtverhältnis zwischen den Parteien. Vgl. dazu unten, S. 131.

57 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 64: «Niemand kann, nur weil er es so bestimmt, einen anderen in

ter der Voraussetzung zulässig, dass es ihm unmöglich war, seinen Verweisungswillen in sinnvoller Weise schon vor dem Abschluss des Vertrages zu erklären. In solchen Fällen, die allerdings nicht zahlreich sein werden, gebietet die vertragliche Treuepflicht dem Kunden, die Verweisungsofferte des Proponenten ausdrücklich zurückzuweisen, wenn er sie nicht annehmen will[58]. Das Vertrauen des Verwenders auf den positiven Erklärungswert des Verhaltens des Kunden wäre alsdann zu schützen.

5. Lieferscheine, Rechnungen, Gebrauchsanweisungen, Versandanzeigen

Sehr häufig enthalten Rechnungen, Lieferscheine und dergleichen einzelne AGB-Klauseln. Besonders häufig handelt es sich um Einschränkungen der Gewährleistungspflicht oder um Verkürzungen der Rügefristen[59].

Entscheidend ist hier, dass derartige Dokumente erst nach dem Zustandekommen des Konsenses in den Herrschaftsbereich des Kunden gelangen[60]. Der Vertrag ist bereits abgeschlossen. Rien ne va plus! Aus diesem Grunde sind sie nicht imstande, den Verweisungswillen des Verwenders innert nützlicher Frist, nämlich vor der Perfektion des Vertrages, dem Kunden zur Kenntnis zu bringen. Als Erklärungsträger des Einbeziehungswillens sind sie daher durchwegs ungeeignet[61]. Ausnahmen für Fälle, wo die rechtzeitige Abgabe der Verweisungserklärung dem Verwender auf anderem Wege nicht möglich war, sind für diese Fallgruppe nicht vorstellbar.

JÄGGI[62] hat im Anschluss an RAISER[63] die Auffassung vertreten, AGB, auf die erst durch Rechnungsvermerke verwiesen wird, vermöchten zwar für das betreffende Vertragsverhältnis keine Wirkungen zu entfalten, seien jedoch im Hinblick auf künftige Verträge von Bedeutung. Unter Umständen, wenn zwischen der Rechnungstellung und dem Abschluss des späteren Vertrages nicht

der Weise unter Erklärungszwang setzen, dass ohne Erklärung das Schweigen des anderen als Erklärung gelten würde.» Ebenso SAVIGNY, System III, S. 248 f.

[58] Art. 6 OR. Entgegen BECKER, Kommentar, N 1 zu Art. 6 OR, handelt es sich hier um einen Fall des Vertragsabschlusses durch konkludentes Verhalten. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar N 1 zu Art. 6 OR. Dies ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus dem Marginale. Richtiger sollte die Vorschrift übrigens lauten: «... eine Annahme ohne ausdrückliche Annahmeerklärung zu vermuten». Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, N 1 zu Art. 6 OR.

[59] «Reklamationen innert 10 Tagen.» Hier soll die dem Käufer vom Gesetz zur Verfügung gestellte Prüfungsfrist, die sich nach dem bei üblichem Geschäftsgange Indizierten richtet, typisiert und für manche Fälle verkürzt werden.

[60] Die ältere französische Rechtsprechung hatte noch angenommen, wer gegen eine solche Mitteilung keine Einwendungen erhebe, akzeptiere sie stillschweigend. So ein Urteil des Kassationshofes vom 26. Dezember 1898. Diese Praxis wurde indessen später aufgegeben. Vgl. BERLIOZ, a. a. O., S. 65. Wie hier auch HUHN, AGB, S. 200; RAISER, AGB, S. 188; SCHMIDT-SALZER, AGB, N 71; ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGBG, N 19 zu § 2. A. A. SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 39 zu § 2; BAUER, a. a. O., S. 43.

[61] Ebenso BGE *44* II 420; JÄGGI, Kommentar, N 458 zu Art. 1 OR; öOGH in öJZ *51* 618; RG in JW *22* 1717; OLG Hamburg, in Betriebs-Berater *67* 35.

[62] JÄGGI, a. a. O., N 458 zu Art. 1 OR.

[63] RAISER, AGB, S. 197 f. Ebenso BGHZ *42* 53.

zuviel Zeit verstreiche, dürfe der Verwender annehmen, der Kunde werde sich seiner Verweisungserklärung noch erinnern und daher, wenn er sie für den nun abzuschliessenden Vertrag nicht akzeptieren wolle, ausdrücklich ablehnen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass der Kunde nicht verpflichtet ist, Rechnungen[64] vollständig durchzulesen, ja sie überhaupt zur Kenntnis zu nehmen[65]. Wenn er dies unterlässt, kann ihm keine Unsorgfalt vorgeworfen werden. Es ist daher auch nicht möglich, der Entgegennahme einer Rechnung Erklärungswirkung beizulegen. Wer eine Rechnung erhält, äussert nichts, auch nicht, dass er sie gelesen habe und deshalb ihren Inhalt kenne. Der Verwender kann deshalb aus einem darin enthaltenen Verweis auch für künftige Verträge nur dann etwas ableiten, wenn er positiv nachweist, dass die AGB dem Kunden praktisch nicht entgehen konnten[66]. Nach dem Gesagten läuft dies auf den Beweis hinaus, dass der Kunde die AGB in der Tat gelesen hat.

6. Quittungen, Tickets, Fahrkarten, Depotscheine

Nach den oben entwickelten Bewertungsgrundsätzen sind auch Urkunden zu beurteilen, die dem Kunden zum Beweis des eben erfolgten Vertragsschlusses übergeben werden[67]. In Betracht fallen hier Fahrkarten von Eisenbahnen, Strassenbahnen, Flug- und Schiffahrtsgesellschaften, Parkscheine von Parkhäusern, Theater- und Kinobillette, Garderobecoupons und dergleichen.

Zunächst ist zu fragen, ob der Verwender davon ausgehen darf, der Kunde habe die dem Dokument aufgedruckten AGB oder die Verweisungserklärung zur Kenntnis genommen. Ist dies nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit zu bejahen, so fällt die Vertrauensprüfung von vorneherein zum Nachteil des Verwenders aus. Unabhängig davon, ob ihm eine andere Art, seinen Einbeziehungswillen mitzuteilen, zumutbar war oder nicht, können die Folgen des Misslingens des Einbeziehungsaktes jedenfalls nicht dem Kunden auferlegt werden. Es ist eines jeden eigene Sache, Inhalte in die von ihm geschlossenen Verträge aufzunehmen, die er als notwendig oder erwünscht erachtet.

Ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalles, die dem Dokument aufgedruckte Verweisungserklärung habe dem Kunden nicht entgehen können[68], so charakterisiert sich die Rechtslage analog jenen bereits erörterten[69] Fällen, wo

[64] Dies gilt selbstverständlich ebenso für Lieferscheine, Versandanzeigen u. ä.

[65] SOERGEL/BALLERSTEDT, BGB, N 18 zu § 433.

[66] SCHMIDT-SALZER lehnt die Beachtlichkeit von solchen Verweisen auch für künftige Verträge überhaupt gänzlich ab. AGB, S. 46.

[67] Nach JÄGGI, N 458 zu Art. 1 OR, sind solche Urkunden, die dem Kunden nach dem Abschluss des Einzelvertrages überreicht werden, generell ungeeignet, eine Einbeziehung der AGB zu bewerkstelligen. M. E. gilt es indessen zu differenzieren. Zum Ganzen auch: BAUER, a. a. O., S. 43.

[68] Dies wird bei Quittungen eher der Fall sein als bei den übrigen Fällen dieser Gruppe. Tickets und Fahrscheine werden jedenfalls nach allgemeiner Erfahrung vom Empfänger kaum jemals einer näheren Prüfung unterzogen. Dazu MERZ, Contrôle, S. 199.

[69] Oben, S. 95 f.

der Kunde nachträglich mit Anschlägen des Verwenders konfrontiert wird. Auch hier ist davon auszugehen, dass der Einzelvertrag ohne Einbeziehung der AGB bereits zustande gekommen ist. Der post festum geäusserte Verweisungswille ist demnach als Offerte zur Abänderung eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses zu qualifizieren. Der Verwender hat grundsätzlich keinen Anlass zur Annahme, das Stillschweigen des Kunden bedeute eine konkludente Zustimmung zu einem seine Rechtslage in der Regel verschlechternden Angebot. Stillschweigen auf ein Angebot bedeutet regelmässig keine konkludente Annahme[70].

Den richtigen Weg weist auch hier wiederum die Abwägung zwischen den legitimen Interessen des Verwenders und jenen des Kunden. Eine Obliegenheit zur ausdrücklichen Ablehnung der Verweisungserklärung des Verwenders trifft den Kunden dann, wenn es dem andern unmöglich war, seinen Verweisungswillen in sinnvoller Weise schon vor dem Abschluss des Vertrages zu erklären. Die Grundlage für diese Obliegenheit liegt in dem durch das Vertragsverhältnis begründeten besonderen Treue- und Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien[71]. Immer aber kann eine Ablehnungspflicht nur dann aktuell werden, wenn der Verwender nach Treu und Glauben voraussetzen darf, der Kunde habe seine Verweisungserklärung tatsächlich zur Kenntnis genommen[72].

Die Abänderung des Vertrages wird mit dem Moment perfekt, mit dem das Stillschweigen des Kunden die Bedeutung der Annahme erlangt. Die Wirkungen treten nach Art. 10 II OR rückwirkend auf den Zeitpunkt des Zuganges der Verweiserklärung beim Kunden ein.

7. Frühere Vertragsbeziehungen unter den Parteien

Nach einem in BGE 77 II 154ff. publizierten Entscheid des Bundesgerichts ist eine stillschweigende Übernahme der AGB unter gewissen Voraussetzungen auch in Fällen anzunehmen, wo schon vor dem streitigen Vertrag zwischen denselben Parteien Geschäfte der gleichen Art getätigt wurden. Zweifellos kann das Auslegungsergebnis der im Hinblick auf den streitigen Fall abgegebenen Willenserklärungen durch frühere Verträge beeinflusst werden.

In diese Gruppe gehören Fälle, wo zwischen den Parteien ein Rahmenvertrag abgeschlossen worden ist. Wenn zwischen einer Bank und ihrem Klienten die Vereinbarung getroffen wurde, für alle künftigen Geschäfte sollen die AGB der Bank gelten, so sind diese in späteren Verträgen selbstverständlich auch dann

[70] Oben, S. 85f. Zum AGBG: Löwe/Westphalen/Trinkner, N 10 zu § 2.

[71] Nähere Begründung unten, S. 130f.

[72] Aus den oben beschriebenen Gründen bindet auch hier die Verweisungserklärung den Verwender auch dann, wenn das Stillschweigen des Kunden nicht als konkludente Zustimmung ausgelegt werden kann, vgl. Jäggi, Kommentar, N 458 und 479 zu Art. 1 OR.

massgebend, wenn sie nicht ausdrücklich einbezogen worden sind[73]. Das gilt auch dann, wenn die Geschäftsbeziehungen vorübergehend unterbrochen worden sind[74].

Wurden die AGB in früheren Fällen ohne Abschluss eines Rahmenvertrages jeweils in die Einzelverträge einbezogen[75], so kann den Willenserklärungen der Parteien, die zum Abschluss des streitigen Vertrages führten, nur dann eine stillschweigende Verweisungsbedeutung beigelegt werden, wenn

- sich aus den früheren Verträgen zwingend ergibt, dass der Verwender die AGB allen von ihm abgeschlossenen Geschäften zugrunde zu legen pflegt[76]. Eine entsprechende Absicht des Verwenders muss der Kunde namentlich dann erkennen, wenn es sich um mehrere Geschäfte handelte[77] und der Verwender jedesmal, womöglich noch in gleichlautender Weise, auf seine AGB verwies.
- für den Kunden kein Anlass zur Annahme bestand, der Verwender wolle von seiner Praxis nunmehr abgehen. Dies kann dann zweifelhaft sein, wenn der Verwender bisher immer unter Verweisung auf seine AGB offerierte und nun plötzlich in einer weiteren Offerte den Hinweis vermissen lässt. Hier wird die genaue Analyse des konkreten Sachverhaltes weiterhelfen müssen. Hingegen bestände dann keine Unsicherheit, wenn nun auf einmal der Kunde die Rolle des Offertenten übernähme und einen Hinweis auf die AGB des andern unterliesse. Auch wenn der Verwender nun einfach erfüllen würde, hätte sowohl bei der Offerte als auch bei der Annahme die Verweisung als stillschweigend miterklärt zu gelten[78].
- es sich um ein Geschäft des kaufmännischen Verkehrs handelt[79]. Ausserhalb des kaufmännischen Verkehrs darf dem Publikum nicht zugemutet werden, sich an die in früheren Verträgen einbezogenen AGB zu erinnern.
- Auch im kaufmännischen Verkehr können die AGB nur dann als in den Einzelvertrag miteinbezogen gelten, wenn zwischen den früheren Verträgen und der streitigen Vereinbarung nicht zuviel Zeit verstrichen ist. Anderes gilt nur

[73] Ebenso SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 50f. Zu den Rahmenvereinbarungen: § 2 Abs. 2 ABG-Gesetz. Vgl. auch ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGBG, N 47ff zu § 2; SCHLOSSER/GRABA, N 83 zu § 2.

[74] RG in JW *27* 1467.

[75] MERZ, Länderbericht Schweiz, S. 88, spricht sich ebenfalls für eine zurückhaltende Anerkennung der AGB, gestützt auf frühere Vertragsbeziehungen, aus. Vgl. auch FORSTMOSER, Rechtsprobleme, S. 15; STAUDINGER/COING, BGB Bd. I, N 24 i vor § 145; ERMAN/HEFERMEHL, Handkommentar BGB III 3e vor § 145; RG JW *1927* 154. Anders nun nach AGB-Gesetz: Selbst wiederholte Bezugnahme auf AGB reicht danach nicht aus, um sie zum Bestandteil künftiger Verträge werden zu lassen, solange es sich beim Adherenten um einen Nichtkaufmann handelt: SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 84ff. zu § 2.

[76] So in BGE *77* II 154ff.

[77] BGHZ *18* 212.

[78] Ähnlich in BGE *77* II 154ff.

[79] So in BGE *77* II 154ff.

dann, wenn sich die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend auf die früheren Verträge beziehen.

SCHMIDT-SALZER [80] hält dem entgegen, aus dem Umstand, dass in vorausgegangenen Verträgen auf die AGB verwiesen worden sei, ergebe sich allein noch nichts für die Ausgestaltung der künftigen Vereinbarungen. Er begründet dies mit der an sich gewiss nicht zu bezweifelnden Tatsache der rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Geschäfte. Er verlangt daher eine ausdrückliche oder stillschweigende Bezugnahme auf die früheren AGB.

Dieser Einwand vermag indessen nicht zu überzeugen. AGB gelten nicht deshalb als Bestandteil der späteren Verträge, weil sie auch Gegenstand der früheren Vereinbarungen bildeten. Massgebend ist vielmehr folgende Überlegung:

Aus dem Umstand, dass der Kunde anlässlich des Abschlusses früherer Verträge seine AGB durchsetzte, kann sich unter gewissen Voraussetzungen ergeben, dass der Kunde erkennen musste, der Verwender wolle seinen Einzelverträgen generell Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde legen. Das Vertrauen des Verwenders darauf, dass sich beim andern diese Erkenntnis eingestellt habe, ist alsdann zu schützen. Falls der Kunde Kaufmann ist, muss er sich bei Gelegenheit des Abschlusses des späteren Vertrages an jenen Umstand erinnern [81]. Wenn für ihn kein Anlass zur Annahme bestand, der Verwender wolle nun nicht mehr auf der Einbeziehung der AGB beharren, muss er sich sagen, dieser wolle auch jetzt nur auf der Grundlage seiner Bedingungen kontrahieren. Wenn er die Geltung der AGB vermeiden will, darf man von ihm nach Treu und Glauben eine entsprechende Erklärung verlangen. Unterlässt er dies, so ist ihm das als stillschweigende Zustimmung auszulegen.

8. Das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben

a) Die herrschende Auffassung über die Bedeutung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens

In der schweizerischen Gerichtspraxis [82] wie in der Literatur [83] ist seit langem anerkannt, dass dem Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr unter Umständen rechtserzeugende Kraft zukommen kann. Dies ist dann der Fall,

[80] SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 50 ff., S. 52.

[81] Immer natürlich unter der Voraussetzung, dass der oder die früheren Verträge nicht längere Zeit zurückliegen.

[82] BGE *23* I 232, *32* II 284, *38* II 587, 625 f., *40* II 138, *71* II 223; ZR *46* (1947) 106.

[83] SCHLÄPFER, Die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsabschluss nach schweizerischem Recht, S. 73 ff.; SECRÉTAN, Note sur la portée juridique du silence opposé à une lettre de «confirmation» d'un contrat (ou prétendu contrat), JT *94* (1946) 237; YUNG, L'acceptation par le silence d'une offre de contracter, MÉLANGES SECRÉTAN, S. 339 ff.; JÄGGI, N 67 ff. zu Art. 6 OR; ENGEL, Traité des obligations, S. 102, 147, OFTINGER, Bundesgerichtspraxis, S. 14 ff; BAUER, a. a. O., S. 45. Zum deutschen Recht: LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, AGBG, N 50 ff., 58 zu § 2.

wenn der Inhalt der «Bestätigung» von der mündlich getroffenen Vereinbarung abweicht oder wenn es neue oder andere Bedingungen enthält oder wenn es einen Vertragsschluss bestätigt, der in Tat und Wahrheit gar nicht zustandegekommen ist.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dient das Bestätigungsschreiben nicht nur der Sicherung des Beweises für den Vertragsinhalt, sondern auch der Aufdeckung und Beseitigung von Unklarheiten und Missverständnissen, die hinsichtlich des Inhaltes einzelner Bestimmungen einer mündlich getroffenen Abmachung bestehen können. Ausserdem soll es Ungewissheiten darüber beheben, ob bei einer mündlichen Verhandlung bereits eine bindende Einigung zustandegekommen sei [84]. Die Grenze der vertragsbegründenden oder vertragsändernden Kraft findet sich nach dieser Anschauung dort, wo der Absender bewusst etwas von der mündlichen Vereinbarung Abweichendes festhält oder wo er bewusst eine Vereinbarung bestätigt, die faktisch gar nie zustande gekommen ist, wo m.a.W. die Bestätigung auf eine «arglistige Erschleichung eines Vertragsschlusses» hinausläuft [85]. Für den Empfänger besonders fatal wirkt sich dabei aus, dass er nicht nur die Diskrepanz zwischen dem Bestätigungsschreiben und dem mündlich Besprochenen, sondern dazu noch den bösen Glauben, die Arglist des Verfassers, zu beweisen hat. Gewiss nicht übertreibend, meint SECRÉTAN, es handle sich hier um eine «preuve difficile à faire» [86].

b) Kritik

Mit Grund hat BYDLINSKI Bedenken gegen diese Lehre angemeldet [87]. Nach seiner Auffassung ist das Bestätigungsschreiben – von der Verschiebung der Beweislage abgesehen – nicht nur dann «wirkungslos, wenn es soweit vom Vereinbarten abweicht, dass mit der Zustimmung des Empfängers schlechthin überhaupt nicht gerechnet werden kann, sondern schon dann, wenn es überhaupt mit dem Vereinbarten in Widerspruch steht» [88].

Für die kritische Erörterung ist zwischen Bestätigungsschreiben zu unterscheiden, wo der Verfasser sich subjektiv in der unrichtigen Vorstellung wiegte, er habe mit dem Schreiben nichts als das bereits Vereinbarte bestätigt, und solchen, wo er sich der Diskrepanz zwischen der «Bestätigung» und dem Vereinbarten bewusst war.

Auszugehen ist davon, dass das bloss deklarativ gemeinte Bestätigungsschreiben nach der Intention des Absenders Tatsache und Inhalt eines bereits

[84] Zürcher Handelsgericht, in ZR *46* (1947) 106.

[85] «... l'aigrefin qui, spéculant sur la négligence d'un commerçant, paie d'audace et lui ‚confirme' froidement un ordre d'achat sans base aucune dans les faits», SECRÉTAN, a.a.O., S. 241.

[86] SECRÉTAN, a.a.O., S. 246.

[87] BYDLINSKI, Privatautonomie, S. 194ff. Dazu treffend bereits RAISER, AGB, S. 188.

[88] BYDLINSKI, a.a.O., S. 202.

abgeschlossenen Vertrages feststellen soll. Anders als bei den Fällen arglistiger Vertragserschleichung und -änderung oder des ergänzenden Bestätigungsschreibens geht es hier demnach subjektiv, von den Beteiligten aus gesehen, ausschliesslich darum, einen bereits abgeschlossenen Vertrag, also eine Tatsache[89], festzuhalten. Es sollen nicht die Pflichten unter den Parteien festgelegt oder geändert werden. Der Absender, der mit dem sachlich unrichtigen «Bestätigungsschreiben» lediglich bereits Abgemachtes zu fixieren vermeint, kann nun vernünftigerweise das Schweigen des andern nicht als Zustimmung zu einer Vertragsänderung deuten. Er kann darin nach Treu und Glauben nur eine stillschweigende Mitteilung des andern erblicken, auch nach seiner Meinung decke sich der Inhalt des Schreibens mit dem Vereinbarten[90]. Würde man annehmen, der Absender dürfe das Schweigen des andern als eine stillschweigende Zustimmung zu einer Vertragsänderung auslegen, würde man ein Vertrauen schützen, das er vernünftigerweise gar nicht haben konnte!

Dieser Zusammenhang verbietet es, dem deklarativ gemeinten Bestätigungsschreiben rechtserzeugende Wirkung beizulegen. Der Absender meint hier, bloss ein bereits bestehendes Pflichtverhältnis zu fixieren; von ihm aus gesehen kann der Empfänger lediglich der Meinung sein, eine Bestätigung des bereits geschlossenen Vertrages zu erhalten[91]. Dies ist das für den Absender massgebende Auslegungsergebnis. Differiert der Inhalt des Bestätigungsschreibens von der getroffenen Vereinbarung, so liegt schlicht eine unrichtige Äusserung über eine Rechtsbeziehung vor, die diese natürlich nicht zu ändern vermag[92]. Daran ändert auch nichts, dass die «Verkehrssitte» vom Adressaten des Schreibens eine Reaktion verlangt, wenn er dessen Inhalt nicht gelten lassen will. Wie Bydlinski dazu überzeugend feststellt, können weder Handelsbrauch noch Verkehrsauffassung ein Verhalten, das objektiv und erkennbar nicht eine Willensäusserung darstellt, dieses zu einem Rechtsgeschäft machen[93].

Handelt es sich hingegen um ein «Bestätigungsschreiben», in dem der Verfasser bewusst vom Inhalt der mündlichen Vereinbarung abweicht, also um ein Schreiben, das im Widerspruch zum ausdrücklichen oder sinngemässen Vertragsinhalt steht[94], so ist zwar die rechtsgeschäftliche Natur der Äusserung nicht zu bezweifeln. Ebenso wäre es vom Standpunkt des Absenders aus an sich

[89] Nach Jäggi ist die Bestätigung begrifflich eine Erklärung, durch die der Erklärende die Ansicht äussert, er habe mit dem Empfänger der Erklärung einen in dieser umschriebenen Vertrag abgeschlossen; Jäggi, Kommentar, N 68 zu Art. 6 OR.

[90] Diese stillschweigende Äusserung hat einschneidende Auswirkungen auf das Beweisergebnis. Dazu unten, S. 104.

[91] Dies wird, wenn der Adressat nicht reagiert, auch in der Tat zumeist seiner tatsächlichen Meinung entsprechen.

[92] Zürcher Obergericht, in ZR *3* (1904) 15.

[93] Bydlinski, a. a. O., S. 201.

[94] Zum Umfang, innerhalb dessen vertragsändernde «Bestätigungsschreiben» zulässig sein sollen: Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 16ff.

möglich, das Schweigen des andern als Willenserklärung auszulegen, da das «Bestätigungsschreiben» ja nicht einfach Tatsachen enthält. Entscheidende Frage ist hier jedoch: Ist der Absender zu schützen, wenn er darauf vertraut, das Schweigen des andern stelle eine Zustimmung dar? Hat der Absender mit der Zustellung des vertragsändernden «Bestätigungsschreibens» alles ihm Zumutbare vorgekehrt, um die Grundlage seines Vertrauens zu sichern[95]? Die herrschende Lehre und die massgebende schweizerische Rechtsprechung bejahen dies in weitem Umfang, nämlich unter blossem Vorbehalt der Fälle der arglistigen Vertragserschleichung. Zwei triftige Gründe sprechen jedoch gegen diese Auffassung:

Zunächst ist auf die notorische Abneigung der am kaufmännischen Verkehr Beteiligten hinzuweisen, ohne besonderen Anlass eine einmal getroffene Vereinbarung nachträglich abzuändern[96]. Der Absender des abändernden «Bestätigungsschreibens» darf auf eine Zustimmung des andern um so weniger schliessen, als die Abänderung sehr kurze Zeit nach dem eigentlichen Vertragsschluss erfolgen würde.

Ausserdem spricht gegen den Abänderungswillen des Empfängers des Schreibens die Tatsache, dass ein Vertrag gemäss seinem Willen eben bereits zustande gekommen ist. Er kann den Partner auf dem Vereinbarten behaften und ist, anders als in der Verhandlungsphase, nicht gedrängt, durch bestimmte Konzessionen an dessen Wünsche seine Zustimmung zum Vertrag zu veranlassen. Diese Überlegung muss der Absender des Schreibens sich zumal dann machen, wenn er dem Adressaten eine diesem ungünstige Vertragänderung ansinnt. Ein «Vertrauen» auf die Zustimmung des andern zur Abänderung wäre evidentermassen sorgfaltswidrig und verdient daher in Anbetracht von Art. 3 II ZGB keinen Schutz[97].

Nach dem Gesagten kann das kaufmännische Bestätigungsschreiben nur in zwei Fällen rechtserzeugende Kraft für sich beanspruchen: Einmal schafft es dort einen neuen Vertrag, wo das bisherige Verhandlungsergebnis mit Grund einem oder beiden Beteiligten unklar oder widersprüchlich erscheinen mochte. Liegt eine Situation vor, wo ungewiss ist, ob und gegebenenfalls mit welchem Inhalt der Vertrag bereits zustandegekommen ist, stellt das Bestätigungsschreiben aus der Sicht des Verfassers eine konstitutive, rechtsbegründende Erklärung dar, die die Rechtslage zwischen den Parteien beruhigen soll. Dies ist für den Empfänger erkennbar. Das Schweigen auf ein solches Bestätigungsschrei-

[95] JÄGGI, a. a. O., N 95.

[96] BYDLINSKI, a. a. O., S. 205 und 207.

[97] JÄGGI, a. a. O., N 95. Danach darf der Absender des Schreibens das Stillschweigen des andern auch dann nicht als Zustimmung auffassen, wenn ersterer nicht böswillig gehandelt hat, aber unter Ausserachtlassung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt annimmt, der Empfänger werde mit den Abänderungen und Ergänzungen einverstanden sein.

ben darf und muss als Willensäusserung gewertet werden, den Vertrag mit dem nun vom andern bestätigten Inhalt gelten lassen zu wollen. Weder handelt es sich hier um eine blosse Tatsachenfeststellung des Bestätigenden, noch erfolgt die rechtsgeschäftliche Klärung des gegenseitigen Pflichtbestandes in treuwidriger Weise.

Daneben ist das Bestätigungsschreiben auch dort als selbständigen Zurechnungstatbestand anzuerkennen, wo es nicht Abweichungen und Widersprüche, sondern Ergänzungen des ursprünglich Vereinbarten enthält[98]. Eine Konkretisierung des Vertrages ist eine nähere Bestimmung der gegenseitigen Pflichten der Parteien und damit Rechtsgeschäft. Das Schweigen des Empfängers des Schreibens fällt demnach nicht nur als reine Äusserung über Tatsachen, sondern darüber hinaus als Willenserklärung in Betracht. Da die genauere Festlegung der Vertragspflichten auch im Interesse des Adressaten liegt, darf der Absender dessen Schweigen mit Recht als Zustimmung werten. Dies gilt indessen nur so lange, als die Ergänzung nicht erkennbare Interessen des Briefempfängers beeinträchtigt[99].

Eine weitergehende Anerkennung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens lässt sich auch nicht mit dem Hinweis auf das Interesse an der Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs begründen. Diese Interessen verlangen nämlich nur, dass eindeutige Verhandlungsergebnisse – handle es sich nun um Konsens oder um Dissens – beweisbar sind und dass mehrdeutige Verhandlungsergebnisse und objektive Unklarheiten ausgeräumt werden können. Dies lässt sich auch ohne die sehr weitgehende Anerkennung der konstitutiven Natur des kaufmännischen Bestätigungsschreibens erreichen.

Widerspricht nämlich der Adressat eines Bestätigungsschreibens mit rein feststellend gemeintem Inhalt nicht, so ist sein Verhalten als stillschweigende Äusserung zu verstehen, auch nach seiner Auffassung entspreche der Inhalt des Schreibens dem Vereinbarten. Damit schafft er eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit des Schreibens[100]. Diese Vermutung kann er nur durch den Nachweis umstossen[101], dass entgegen der Bestätigung ein Vertrag klar und eindeutig entweder nicht oder dann nur mit anderem Inhalt zustande gekommen ist. Gelingt ihm das, so steht zugleich fest, dass die Gegenpartei bei der Abfassung des Bestätigungsschreibens zumindest fahrlässig gehandelt hat. Für

[98] Ebenso Aargauer Handelsgericht, VAR *41* (1941) 95.

[99] BYDLINSKI, a. a. O., S. 205. Auch nach FLUME gelten Ergänzungen gegenüber dem Besprochenen aufgrund des unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreibens nur insoweit, als der Bestätigende nach den Umständen des Falles mit einem Einverständnis des Empfängers des Bestätigungsschreibens rechnen konnte. Vgl. auch FLUME, Rechtsgeschäft, S. 664.

[100] Ähnlich demjenigen, der einen Regierapport unterzeichnet. Vgl. GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag, S. 52 f. Vgl. auch Zürcher Obergericht, ZR *45* (1946) Nr. 29. Weitergehend Semjud *96* (1974) 88 ff.

[101] JÄGGI, Kommentar zu Art. 6 OR, N 85.

einen Schutz des Vertrauens besteht dann nach der Regel von Art. 3 II ZGB zum vorneherein kein Anlass. Weit entfernt, die vielberufene Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs zu erhöhen, schafft hier die umgekehrte Lösung nämlich, wie BYDLINSKI zutreffend feststellt, im Gegenteil einen ständigen Anreiz zu unloyaler Verfälschung des Vereinbarten [102]!

Zeigt hingegen das Beweisergebnis, dass das Verhandlungsresultat objektiv mehrdeutig war, so ist das Schweigen des Empfängers als rechtsgeschäftliche Erklärung zu qualifizieren, die Rechtslage in konstitutiver Weise endgültig festzulegen. Wer hier auf das Bestätigungsschreiben nicht reagiert hat, kann deshalb aus dem Beweisergebnis nichts für sich ableiten. Er muss das Schreiben mit seinem Inhalt gelten lassen.

c) Die Einbeziehung der AGB durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Aus den eben formulierten rechtlichen Grundsätzen lassen sich nun ohne grössere Schwierigkeiten die Rechtswirkungen eines Bestätigungsschreibens herleiten, das AGB in den Vertrag einführen soll.

Wenn von den AGB bereits während der Vertragsverhandlungen die Rede war, ein eindeutiges Ergebnis jedoch weder in positiver noch in negativer Hinsicht erzielt werden konnte, so stellt das Bestätigungsschreiben, das auf die AGB verweist, eine konstitutive, rechtsbegründende Erklärung des Verwenders dar, deren Zweck es ist, die Rechtslage in bezug auf die AGB zu bereinigen. Hier muss der Adressat, wenn er die AGB nicht gelten lassen will, widersprechen. Andernfalls wird ihm sein Schweigen als Akzept ausgelegt.

Anders verhält es sich, wenn beim mündlichen Vertragsschluss eindeutig die AGB der einen Partei vereinbart wurden und die andere nun in ihrem Bestätigungsschreiben auf ihre eigenen AGB verweist. Hier darf man nicht einfach annehmen, derjenige, der auf ein solches Bestätigungsschreiben nicht reagiert, sei mit ihm stillschweigend einverstanden. Für eine solche Vermutung besteht kein Anlass; wer den mündlich geschlossenen Vertrag kurz danach abändern will, hat sich um eine eindeutige Vertrauensgrundlage zu bemühen. Anders zu entscheiden hiesse, der treuwidrigen Erschleichung von Vertragsänderungen geradezu Vorschub zu leisten.

Offensichtlich am heikelsten ist die Lösung jener Fallgruppe, wo bei den mündlichen Verhandlungen das Problem der AGB gar nicht berührt wurde und der Verfasser des Bestätigungsschreibens erst nachträglich auf sie verweist. Hier hat man von der vertrauenstheoretischen Fragestellung auszugehen: Darf der Absender des Schreibens, nach Abwägung sämtlicher Umstände und nach Treu

[102] BYDLINSKI, a.a.O., S. 202.

und Glauben annehmen, mit seinem Schweigen habe der andere seine Zustimmung zur Geltung der AGB, also zur nachträglichen Vertragsänderung, zum Ausdruck bringen wollen[103]?

Vernünftigerweise kann der Verfasser des Schreibens das Schweigen der Gegenpartei nur dann in diesem Sinne auslegen, wenn der andere durch die Einbeziehung der AGB nicht benachteiligt wird. Nur in diesem Bereich stellt die Integration der AGB eine Vertragsergänzung dar[104]. Die nachträgliche Vereinbarung einseitiger AGB läuft materiell auf eine Vertragsänderung hinaus. Damit hängt die Rechtslage davon ab, ob der Inhalt der nachträglich einbezogenen AGB die Interessen des Kunden wie jene des Verwenders in einigermassen angemessener Weise berücksichtigt. Handelt es sich um unbillige AGB, die den Empfänger des Bestätigungsschreibens in grober Weise benachteiligen, wird man nicht annehmen können, dieser habe sie stillschweigend akzeptieren und damit seine Rechtslage verschlechtern wollen, obschon für ihn hierzu keinerlei Veranlassung bestand.

Recht bedenklich scheint mir die Ansicht, das Stillschweigen des Empfängers auf ein die AGB nachträglich einführendes Bestätigungsschreiben bedeute immer dann stillschweigende Zustimmung, wenn Verträgen der betreffenden Art regelmässig AGB inkorporiert werden[105].

§ 14 Die Geltung der AGB durch Verkehrssitte

Ausgiebig diskutiert wurde die Frage, ob bestimmte AGB für den einzelnen Vertrag aufgrund ihrer Üblichkeit unmittelbar für den Einzelvertrag Geltung beanspruchen können. In bestimmten Branchen, etwa im Banken- oder im Versicherungsgeschäft, sind AGB derart verbreitet, dass kaum noch Verträge ohne AGB vorkommen. Hier setzt nun die Argumentation jener ein[1], die die Geltung der AGB aus ihrer Üblichkeit ableiten wollen: Wenn in einem bestimmten Geschäftszweig in der Tat Verträge nur noch auf der Grundlage von AGB geschlossen werden, muss dann der Kunde nicht erkennen, dass auch der Verwen-

[103] JÄGGI, Kommentar zu Art. 6 OR, N 41.

[104] Aargauer Handelsgericht: VAR *41* (1941) 95. Ebenso NAEGELI, AGB, S. 261.

[105] So das Zürcher Handelsgericht, 17. Januar 1945 (SJZ *41* 320). Richtiger dagegen das Thurgauer Obergericht in einem Entscheid vom 23. Juni 1942 (SJZ *40* 146): Bei einem wie üblich am Telefon abgeschlossenen Kaufvertrag können «Allgemeine Bedingungen», auf die nicht Bezug genommen wurde, sondern die erst in der dem Käufer am folgenden Tage zugestellten Verkaufsbestätigung enthalten sind, nicht als Vertragsinhalt gelten. Ebenso JÄGGI, a. a. O., N 95 zu Art. 6 OR und LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, AGBG, N 16 zu § 2.

[1] KLEINER, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, S. 10 f.; WANNER, Rechtsnatur und Verbindlichkeit der AGB der schweizerischen Grossbanken, S. 43 ff.; RUSCA, Die rechtliche Tragweite der AGB der schweiz. Banken, WUR *1957* 215. Zu dieser Frage auch: SCHLOSSER/GRABA, AGBG, N 89 ff. zu § 1.

der selbst ohne ausdrückliche oder konkludente Verweisungserklärung sich nicht bereit finden würde, ohne AGB zu kontrahieren? Muss der Kunde nicht aus der Tatsache der Üblichkeit der Anwendung der AGB auf einen entsprechenden Geschäftswillen des andern schliessen? Die praktische Folge wäre, dass eine ausdrückliche oder stillschweigende Verweisungserklärung des Verwenders nicht mehr Voraussetzung für die Integration der AGB wäre.

Für das schweizerische Recht hat namentlich KLEINER eine generelle Präsumtion postuliert, «wonach sich derjenige, der einen Vertrag mit einem Partner schliesst, der erfahrungsgemäss nur gestützt auf Geschäftsbedingungen kontrahiert, sich den darin enthaltenen Regeln unterwirft»[2]. Nach ihm sind nicht die AGB als solche «Gewohnheitsrecht», sondern «nur ihr Bestand als Vertragsrecht wird aus dem Gewohnheitsrecht hergeleitet». Verkehrssitte ist nur, dass die betreffenden Verträge auf der Grundlage von AGB geschlossen werden, nicht der Inhalt der AGB selbst[3]. Dieses Ergebnis ist für den Verwender natürlich ausserordentlich bequem: Unabhängig von allen möglichen inhaltlichen Divergenzen zwischen seinen AGB und den übrigen in der betreffenden Branche verwendeten Bedingungen gelten automatisch seine eigenen AGB! Damit hätte man faktisch in der Tat eine einseitige private, nicht durch Rechtsgeschäft legitimierte Normsetzungsbefugnis vor sich!

Auch das Bundesgericht hat in einem, soweit erkennbar, singulären Entscheid in BGE *44* II 492 erkannt, dass der Kunde dadurch, dass er sich mit dem Verwender «in Bankverbindung setzte und durch (ihn) den Kontokorrent führen liess, ... stillschweigend den von ihm für diesen Betrieb aufgestellten Geschäftsregeln ... unterworfen» habe.

Mit gutem Grund steht jedoch der überwiegende Teil der schweizerischen Lehre der Geltung allgemeiner Geschäftsbedingungen, die sich bei fehlender Vereinbarung auf die Verkehrssitte stützen soll, kritisch[4] oder gar ablehnend[5] gegenüber.

Vorweg hervorzuheben ist, dass die in der Schweiz absolut herrschende Auffassung am rechtsgeschäftlichen Geltungsgrund der Verkehrssitte festhält. Verkehrssitte ist danach nur dann massgebend, wenn sich ihr die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen haben[6].

[2] KLEINER, a. a. O., S. 10.

[3] Ähnlich bereits WANNER, a. a. O., S. 93: Auch er behauptet nur eine Verkehrssitte, die sich auf die Verwendung der AGB beziehe, nicht aber auf ihren Inhalt.

[4] MERZ, Massenvertrag und AGB, S. 144 ff.: Die Verkehrssitte kann zur Ergänzung oder Auslegung von Verträgen nur herangezogen werden, wenn sie tatsächlich in den Kreisen aller am Rechtsgeschäft Beteiligten besteht und wenn mit diesem Bestehen gerechnet werden muss.

[5] NAEGELI, a. a. O., S. 243 ff.; FORSTMOSER, AGB und ihre Bedeutung im Bankenverkehr, S. 14 f.

[6] MERZ, Massenvertrag und AGB, S. 144; ENGEL, Traité des obligations, S. 169; OFTINGER, Bundesgerichtspraxis, S. 44; BGE *86* II 257 (mit Nachweisen), *91* II 359.

Kernpunkt des Problems ist das Wesen der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung: Eine gültige Willenserklärung muss sich, vom Empfänger aus besehen, immer als bewusstes Verhalten des Erklärenden darstellen. Das dem Empfänger der Willenserklärung zugängliche Auslegungsmaterial muss immer den Schluss rechtfertigen: Jetzt will der andere mit hoher Wahrscheinlichkeit diese bestimmte Rechtsfolge!

Daraus folgt, dass es nicht genügt, wenn der Verwender annehmen darf, der Kunde habe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Existenz von AGB überhaupt gekannt. Zu fordern ist vielmehr die Erkennbarkeit, dass der Kunde im massgebenden Zeitpunkt an die AGB gedacht und sie zum Vertragsinhalt habe erheben wollen[7].

Dies veranlasst uns, die oben getroffene Differenzierung der Verkehrssitte in Erklärungssitten, «echte» Verkehrssitten und in Vertragssitten wieder aufzunehmen[8].

AGB können durch eine *Erklärungssitte* nur dann sanktioniert werden, wenn sich nachweisen lässt, dass man allgemein unter den gegebenen Umständen und trotz Fehlens einer Verweisungserklärung des Verwenders mit einer Äusserung der Art, wie sie der Kunde abgegeben hat, einen Verweisungswillen zum Ausdruck bringt.

Die Existenz einer solchen Erklärungssitte, die einen relativ zuverlässigen Schluss auf den aktuellen Geschäftswillen erlauben würde, ist nicht vollständig auszuschliessen. Immerhin würde es sich unzweifelhaft um Ausnahmefälle handeln. In aller Regel äussert der Verwender nämlich seinen Verweisungswillen explizit. Das Verhalten des Kunden ist dann gegebenenfalls deshalb als konkludente Zustimmung zu werten, weil angenommen werden kann, der Kunde beziehe sich stillschweigend auf jene Erklärung. Bereits diese tatsächlichen Verhältnisse verhindern im allgemeinen die Entstehung einer entsprechenden Erklärungssitte. Mit Recht schreibt NAEGELI: «Die Gebräuchlichkeit der ausdrücklichen Erklärung des Verweisungswillens durch den Unternehmer führt also dazu, dass der Unternehmer ... nicht ohne weiteres annehmen darf, der Kunde schliesse auch bei Unterlassung der ausdrücklichen Verweisung auf diesen Verweisungswillen[9].»

Selbstverständlich ist die Erklärungssitte – falls sie sich überhaupt nachweisen lässt – nur dann massgebend, wenn der Verwender nach den Umständen voraussetzen kann, sie sei auch dem Kunden bekannt. Das hat das Bundesge-

[7] Zu weit geht NORDMANN, wenn er willenstheoretisch formuliert: «une manifestation tacite de volonté suppose en effet une conscience de ce qui est tacitement déclaré», NORDMANN, a. a. O., S. 60.

[8] Vgl. oben, S. 79ff.

[9] NAEGELI, a. a. O., S. 249. Ebenso: SONNENBERGER, Verkehrssitten im Schuldvertrag, S. 225; SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 29f.

richt mehrmals entschieden[10]. Hingegen lässt sich m. E. mit dem Vertrauensprinzip nicht vereinbaren, wenn gefordert wird, die Sitte müsse dem Kunden tatsächlich bekannt gewesen sein[11]. Liegt eine Erklärungssitte der beschriebenen Art vor, so ist die Rechtslage gleich wie bei einer gewöhnlichen teilweise stillschweigenden Willenserklärung. Daraus folgt namentlich, dass die Erklärungssitte nur eine unter mehreren Auslegungselementen darstellt. Im Einzelfall kann die nüchterne und korrekte Würdigung der konkreten Umstände das Ergebnis aufdrängen, dass der Kunde trotz Bestandes der Erklärungssitte die AGB nicht zur Geltung erheben wollte.

Ob der Kunde sich auf einen Willensmangel, also namentlich auf einen wesentlichen Irrtum, berufen könne, ist eine äusserst kontroverse, m. E. aber zu bejahende Frage. Die Bindung an eine Willenserklärung, deren Sinn sich erst durch eine Erklärungssitte ergibt, kann nämlich keineswegs stärker sein als die Bindung an eine Willenserklärung, die durch andere Erklärungsträger, etwa durch Worte, übermittelt wird[12]. Es ist auch nicht so, dass die Interessen des Adressaten der Willenserklärung hier einen weitergehenden Schutz erfordern würden: Schliesst der Verwender einen Vertrag aufgrund einer Erklärungssitte, so muss er sich im Gegenteil sagen, die Möglichkeit, der Kunde habe sich über die Bedeutung seines Verhaltens geirrt, sei viel naheliegender, als wenn der Kunde seinen Verweisungswillen in Worten ausdrücklich geäussert hätte. Im übrigen spielt es nach der Konzeption des OR keine Rolle, ob der Kunde seinen Irrtum verschuldet habe oder nicht. Die Verschuldensfrage ist lediglich für die Rechtsfolgen der Anfechtung von Belang.

Sind die AGB nicht durch Erklärungssitte dem Einzelvertrag integriert worden, so kann man sich nur noch fragen, ob sie als echte Verkehrssitten Geltung beanspruchen können.

Als echte Verkehrssitte habe ich im Anschluss an RUMMEL jene Sachverhalte bezeichnet, wo die Beteiligten regelmässig ein bestimmtes Verhalten als geschuldet ansehen, obschon es im allgemeinen nicht besonders und ausdrücklich vereinbart worden ist[13]. Der Geltungsgrund der echten Verkehrssitten ist rechtsgeschäftlicher Natur: Sie werden auf dem Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zur «lex contractus»[14] und beruhen daher auf einem hypothetischen Parteiwillen. Gleich den echten Verkehrssitten haben auch die Vertragssitten ein

[10] BGE *47* II 165, *50* II 18, *83* II 522.

[11] So aber MERZ, Massenvertrag und AGB, S. 145; ebenso JÄGGI, a. a. O., N 456 zu Art. 1 OR.

[12] Dies muss auch gelten, wenn der Kunde über die aus der Erklärungssitte sich ergebende Erklärungswirkung seines Verhaltens irrt. Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Irrtum über die Bedeutung eines verwendeten Wortes beachtlich sein soll, während der Irrtum über Bestand und Bedeutung der Erklärungssitte die Anfechtung ausschliessen soll. Vgl. dazu BYDLINSKI, a. a. O., S. 177 ff.

[13] Vgl. oben, S. 80 ff.

[14] Vgl. oben, S. 81 f.

Verhalten zum Gegenstand, das von den an den betreffenden Verträgen Beteiligten regelmässig als geschuldet angesehen wird. Im Gegensatz zu den echten Verkehrssitten liegt der Grund hiefür jedoch darin, dass die Parteien die betreffende Ordnung durchwegs ausdrücklich oder stillschweigend zum Vertragsinhalt machen. Hier lässt sich sagen, dass ein bestimmtes Verhalten beobachtet wird, weil es vereinbart worden ist.

Ob AGB in den hier diskutierten Fällen ipso facto Geltung erlangen, hängt mithin davon ab, ob sie als echte Verkehrssitten oder nur als Vertragssitten zu qualifizieren sind.

Die Antwort fällt nicht schwer. Das Faktum, dass die Verwender auch in Branchen, wo AGB allgemein verbreitet sind – soweit ersichtlich –, immer ausdrücklich auf ihre AGB verweisen, und der Umstand, dass die Kunden alsdann die Verweisungsofferten ausdrücklich oder stillschweigend akzeptieren, sprechen mit aller Deutlichkeit dafür, dass die Beteiligten – und zwar auch die Verwender – die AGB ohne besondere Vereinbarung nicht als verbindlich betrachten. Daraus ergibt sich, dass die AGB in den problematischen Fällen durchwegs als Vertragssitten anzusehen sind und daher nicht ohne weiteres für den Einzelvertrag Geltung erlangen [15].

§ 15 Zur Geltung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen

Das schweizerische Recht weist in bezug auf die Geltung und den zulässigen Inhalt der Allgemeinen Versicherungsbedingungen einige Besonderheiten auf.

Gemäss Art. 2 des Bundesgesetzes betreffend Beaufsichtigung von Privatunternehmen im Gebiete des Versicherungswesens vom 25. Juni 1885 (VAG) haben private Versicherer ihre Allgemeinen Versicherungsbedingungen dem Eidgenössischen Versicherungsamt [1] zur Genehmigung zu unterbreiten. Auch Abänderungen sind genehmigungsbedürftig. Das Eidgenössische Versicherungsamt kann die Genehmigung verweigern, wenn eine oder mehrere Klauseln gegen zwingendes Recht [2] verstossen oder in Widerspruch zum allgemeinen Interesse oder zu demjenigen der Versicherten stehen. So kann die Aufsichtsbe-

[15] Rummel, Vertragsauslegung, S. 87f.; Bydlinski, Privatautonomie, S. 211, 217f. Vgl. auch Schlosser/Graba, AGBG, N 24 und 89ff. zu § 2. Löwe/Westphalen/Trinkner, AGBG, N 4 zu § 2: Die Verkehrssitte ist kein Geltungsgrund für AGB mehr.

[1] Ursprünglich war der Bundesrat zur Genehmigung zuständig. Heute entscheidet das EJDP oder das Eidgenössische Versicherungsamt: Art. 23 Abs. 2 und 4 des BG über die Organisation der Bundesverwaltung und Art. 20 des BRB vom 17. November 1914 betreffend die Zuständigkeit der Departemente und der ihnen unterstellten Amtsstellen zur selbständigen Erledigung von Geschäften.

[2] Also insbesondere etwa gegen die in Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 VVG als zwingend oder als relativ zwingend erklärten Bestimmungen.

hörde die Genehmigung verweigern, wenn es sich um offenbar unbillige, widersprüchliche oder unklare Bedingungen handelt[3].

Das Fehlen der Genehmigung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen durch die Aufsichtsbehörde hat indessen weder Ungültigkeit noch Anfechtbarkeit des Versicherungsvertrages zur Folge[4], wie auch Genehmigung noch nicht privatrechtliche Gültigkeit der Bedingungen bedeutet. Auch für die Allgemeinen Versicherungsbedingungen gilt demnach grundsätzlich, dass sie nur durch beiderseitige übereinstimmende Willenserklärung zur privatrechtlichen Norm erhoben werden können. Insofern verfügt grundsätzlich keine der am Versicherungsverhältnis beteiligten Parteien über eine einseitige, heteronome Normsetzungsbefugnis. Art. 35 VVG bestimmt von diesem Grundsatze eine Ausnahme von allerdings bescheidener Tragweite[5]. Darnach kann der Versicherungsnehmer bei einer Abänderung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen derselben Versicherungsart die Anwendung der neuen Bedingungen verlangen. Hierin liegt eine Befugnis zu einer Vertragsänderung durch einseitigen Rechtsakt und damit eine originäre[6] heteronome Normsetzungskompetenz, die von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über das Zustandekommen und die Abänderung von Verträgen abweicht. Die Anwendungserklärung des Versicherungsnehmers[7] muss sich im übrigen auf das gesamte revidierte Dispositiv der Allgemeinen Versicherungsbedingungen beziehen; sie kann also nicht bloss einzelne der neuen Klauseln für anwendbar erklären und es im übrigen bei den ursprünglichen Bedingungen bewenden lassen[8]. Selbstverständlich zeitigt die Anwendungserklärung ausschliesslich Rechtswirkungen pro futuro. Die Rechtslage für den vor der Erklärung liegenden Zeitraum bleibt unberührt.

Als weitere Besonderheit des Rechts der Allgemeinen Versicherungsbedingungen ist die ebenfalls zum Schutze des Versicherungsnehmers erlassene Bestimmung von Art. 3 VVG hervorzuheben. Danach müssen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen dem Antragsteller vor der Einreichung des Antragscheines übergeben werden, es sei denn, sie seien direkt in den Antragschein aufgenommen worden. Wenn diese Bestimmung missachtet wird, so ist der Antragsteller an den Antrag nicht gebunden. Art. 3 VVG will dem Antragsteller die Möglichkeit sichern, sich mit den Bedingungen des Vertrages rechtzeitig vertraut zu machen und sich über ihre Tragweite Rechenschaft zu geben. Ausser-

[3] KÖNIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, S. 26.

[4] BGE *99* II 73; vgl. auch Art. 13 VAG.

[5] Der Revision der Allgemeinen Versicherungsbedingungen kommt eine beträchtliche praktische Bedeutung zu, weil Versicherungsverträge in der Regel Dauerschuldverhältnisse begründen und daher gewöhnlich während langer Zeit Bestand haben.

[6] D. h. hier nicht auf Vertragsgrundlage beruhend.

[7] Der Anspruchsberechtigte ist hiezu nicht befugt, vgl. KELLER, Kommentar zum VVG, Bd. I, S. 520.

[8] KÖNIG, a. a. O., S. 26 f.

dem wollte der Gesetzgeber «unreellen Gepflogenheiten, die sich im Anwerbebetriebe eingenistet haben, im Interesse des Versicherungswesens einen Riegel vorschieben»[9]. Die Norm bezweckt also unmittelbar die Gewährleistung der inhaltlichen Ausgewogenheit des vertraglichen Interessenausgleiches unter den Parteien. Da sie einerseits den Versicherungsnehmer als den wirtschaftlich in aller Regel erheblich Schwächeren schützen und überdies auch öffentliche Interessen sichern will, ist sie mit KELLER[10] als relativ zwingend aufzufassen. Eine zum voraus abgegebene Erklärung des Kunden, wonach er trotz fehlender Übergabe der AGB an den Antrag gebunden sein wolle, ist demnach wirkungslos.

Hingegen ist es selbstverständlich möglich, dass der Kunde durch vorbehaltlose Akzeptierung der Police, die ihm der Versicherer trotz Ungültigkeit des Antrages ausstellt, den Vertrag zur Entstehung bringt. Die Rollenverteilung wird in diesem Falle umgekehrt: Der Versicherer wird zum Offerenten, der Versicherungsnehmer zum Akzeptanten. Als Annahme der Offerte hat zu gelten, wenn der Versicherungsnehmer der Police nicht binnen angemessener Frist widerspricht.

Art. 3 VVG, der die Wahrnehmung der vertraglichen Interessen durch den Kunden fördern will, sollte in seinen praktischen Auswirkungen nicht überschätzt werden. Einmal ist es offenkundig, dass dieser Bestimmung in der Praxis des Akquisitionsgewerbes oft nur wenig nachgelebt wird. Dann ist daran zu erinnern, dass gerade und besonders bei den Allgemeinen Versicherungsbedingungen nur ein kleiner, wenngleich lobenswerter Teil der Antragsteller sich der meist beträchtlichen Mühe unterzieht, die Bedingungen vollständig durchzulesen[11]. Schliesslich ist zu bedenken, dass selbst der gebildete Laie sich durch den relativ komplizierten Text meistens überfordert fühlt.

[9] BBl *1904* I 270 f.
[10] KELLER, a. a. O., S. 70.
[11] Ein Versicherungsvertreter sagte dem Verfasser, wohl etwas übertreibend, es handle sich «um einen von hundert».

§ 16 Die Schranken der rechtsgeschäftlichen Zurechnung vereinbarter AGB

I. Überblick

Nachdem wir die Bedingungen einer gültigen Einbeziehung der AGB in den Einzelvertrag untersucht haben, geht es nun darum, den Umfang zu bestimmen, innerhalb dessen die Bedingungen für die Bestimmung der Rechtsfolgen des Vertragsabschlusses massgebend werden. Es geht mit anderen Worten darum, die Grenzen der Anwendbarkeit der einzelnen AGB-Klauseln festzustellen.

Dabei soll sich das Augenmerk jedoch weniger auf die objektiven Schranken richten, die im besondern Fall der Geltung der einzelnen Klauseln entgegenstehen mögen. Es geht hier nicht um die Probleme der Widerrechtlichkeit oder der Unsittlichkeit der einzelnen AGB noch um die Möglichkeit eines Konfliktes der AGB mit zwingenden Rechtsvorschriften: In diesen Fragen bieten die AGB gegenüber individuell ausgehandelten Verträgen m. E. keine Besonderheiten [1]. Es kann deshalb auf die einschlägige Literatur zu diesem Problem verwiesen werden. Uns geht es hier vielmehr um die Untersuchung der Hinderungsgründe einer *rechtsgeschäftlichen* Zurechnung des AGB-Inhaltes, also um die Ungültigkeit einzelner AGB-Klauseln, weil die spezifischen Bedingungen der rechtsgeschäftlichen Geltung nicht erfüllt worden sind. Gründe dafür können etwa darin liegen, dass die Parteien eine vom AGB-Inhalt abweichende Abrede getroffen haben oder weil der Verwender die ihn unter Umständen treffende Aufklärungsobliegenheit hinsichtlich bestimmter Klauseln nicht erfüllt hat.

Bei der Bestimmung der Rechtsfolgen der Einbeziehungsvereinbarung hat man zu differenzieren zwischen jener Fallgruppe, wo beide Parteien mittels Vollerklärungen auf die AGB verwiesen haben, und jenen Fällen, wo die Bedingungen nur global übernommen wurden.

Durfte der Verwender beim Empfang der Verweisungserklärung bei objektiver und verständiger Würdigung der Erklärung des andern und unter Berücksichtigung der Begleitumstände davon ausgehen [2], der Kunde habe volle Kennt-

[1] Zur Auseinandersetzung mit der für das schweizerische Recht von STOCKAR vertretenen Theorie der objektiven Inhaltsgrenzen von AGB, vgl. unten, S. 148 f.

[2] Vgl. dazu oben, S. 78 ff., und JÄGGI, Kommentar zu Art. 1 OR, N 468. Ausser bei ganz kurzen AGB, die dem Kunden vor der Abgabe seiner Verweisungserklärung vorlagen, muss die Annahme einer Vollerklärung immer durch besondere Umstände gerechtfertigt sein. Als «praesumptio hominis» gilt, dass AGB im allgemeinen nicht durchgelesen werden. Eine Vollerklärung darf bei Verträgen zwischen Geschäftsleuten derselben Branche angenommen werden, wenn weitverbreitete AGB, beispielsweise die Normen des SIA, in Frage stehen. Mit MERZ, Contrôle, S. 205, kann man dann zwischen contrat-type clients und contrat-type commerçants unterscheiden, wenn man unter dem

nis von Inhalt und Tragweite der AGB, und konnte der Kunde seinerseits die Erklärung des Verwenders nicht anders verstehen, als dieser wolle den Inhalt der AGB mit zum Vertragsinhalt machen, so liegt hinsichtlich des AGB-Inhaltes Konsens vor. Die AGB sind für die Bestimmung der Rechtsfolge des Vertrages auch dann massgebend, wenn der Kunde die Verweisung tatsächlich global erklärt hat. Der Verwender darf annehmen, der subjektive Geschäftswille des Kunden entspreche den Bestimmungen des AGB-Formulars. Die endgültige Rechtsfolge weicht von diesem Grundsatz nur dann ab, wenn der Kunde sich über den Inhalt der AGB nicht nur keine oder eine undifferenzierte, sondern eine präzise andere Vorstellung gemacht hat und sich aus diesem Grunde allenfalls, wenn die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, auf Erklärungsirrtum berufen kann. Dann spielt es jedoch keine Rolle, ob der Kunde sich schuldhaft eine falsche Vorstellung vom AGB-Inhalt gebildet hat oder nicht. Nach dem dem Art. 26 OR zugrunde liegenden Konzept kann sich auch der fahrlässig Irrende auf seinen Irrtum berufen.

II. Der Grundsatz für die Zurechnung global vereinbarter AGB

Auch bei global vereinbarten AGB hat sich die Frage nach der Bindung des Kunden an die von ihm abgegebene Willensäusserung auf der Grundlage der Vertrauenstheorie zu beurteilen. Hat der Verwender als Empfänger der Verweisungserklärung den äusseren Tatbestand gemäss dessen objektivem Sinn verstanden, während der Erklärende selbst ihm keine konkretisierte Bedeutung beigemessen hat, gilt der Grundsatz, dass der äussere Tatbestand gemäss dem verobjektivierten Standpunkt des Erklärungsempfängers[3] zu verstehen ist. Damit ist indessen keineswegs gesagt, dass der massgebende Sinn einfach dem normativ transformierten Äusserungstatbestand gleichzusetzen sei. Vielmehr hat der Erklärungsempfänger alle ihm erkennbaren, beim global Erklärenden vorliegenden Umstände, insbesondere natürlich die Tatsache, dass jener global erklärte[4], mit in den Auslegungsvorgang einzubeziehen. Beide Parteien dürfen und müssen auf jenen Sinn der beidseitigen Äusserungen als dem massgebenden vertrauen, von dem sie bei vernünftiger Betrachtung und unter Berücksichtigung der für sie erkennbaren objektiven Umstände annehmen dürfen und müssen, er entspreche dem subjektiven Willen des Partners, oder, in bezug auf die eigene Äusserung, er werde vom Partner für den eigenen Geschäftswillen gehalten.

letztgenannten nur den unter branchenangehörigen Geschäftsleuten abgeschlossenen Vertrag versteht.

[3] JÄGGI, a. a. O., N 196 zu Art. 1 OR.

[4] Dabei hat er unter den oben, S. 67, dargelegten Voraussetzungen gleich dem Richter eine Globalerklärung zu vermuten. Dazu: SCHMIDT-SALZER, AGB, N 16.

Nach der in der Schweiz herrschenden Auffassung sind die als global erkennbaren Verweisungserklärungen nach den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über die ungelesen unterzeichnete Urkunde[5] zu beurteilen. Darnach soll als Regel gelten, dass derjenige, der eine Urkunde ungelesen unterzeichnet, sich deren Inhalt unterzieht und den Text anerkennt, wie er lautet[6]. Es wird mit anderen Worten fingiert, der Betreffende habe eine dem Wortlaut der Urkunde entsprechende Willenserklärung abgegeben. OFTINGER[7] begründet diesen Grundsatz damit, dass der Empfänger der globalen Verweisungserklärung, also in der Regel der Verwender, die Sachlage dahin verstehen dürfe, dass die Einzelheiten des Rechtsgeschäftes für den Entschluss, sich vertraglich binden zu wollen, für den Erklärenden belanglos gewesen seien. Ein derart weitgehendes Auslegungsresultat erscheint jedoch nicht unbedenklich und ist daher im Einzelfall nur sehr zurückhaltend anzunehmen. M. E. dürfte es nicht dem Regelfall entsprechen, dass sich der Kunde schlechthin jedem AGB-Inhalt unterwerfen will[8].

Die hauptsächlichere Rechtfertigung lautet deshalb dahin, der Kunde gehe bei der Abgabe seiner Verweisungserklärung von der Annahme aus, in den ihm vorgelegten AGB finde sich eine Kodifizierung dessen, was bei Geschäften der in Frage stehenden Art üblicherweise mit zum Vertragsinhalt gemacht werde. In diesem Umfang könne deshalb ein Verpflichtungswille des Kunden angenommen werden[9].

Der Grundsatz, wonach derjenige, der global auf AGB verweist, sich deren Inhalt unterzieht und sie daher gelten lassen muss, unterliegt indessen einer Reihe wichtiger Vorbehalte, die nun im einzelnen darzustellen und zu begründen sind.

[5] Für viele: OFTINGER, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde, S. 266 bei N 14; MERZ, Berner Kommentar zu Art. 2, N 173; FORSTMOSER, AGB und ihre Bedeutung im Bankverkehr, S. 16f.; AUER, Richterliche Korrektur, S. 13f.; KLEINER, AGB der Banken, S. 6. BAUER, Schutz vor AGB, S. 39 und 44.

[6] Nach der Formulierung bei OFTINGER, a. a. O., S. 266f.; vgl. auch BGE *100* II 209.

[7] OFTINGER, a. a. O., S. 267.

[8] Vgl. diese Differenzierung in BGE *49* II 182. Ebenso wie hier: NAEGELI, AGB, S. 147ff. Vgl. auch HUHN, AGB, S. 197f.: «Dass das Vertrauen des Kunden in den Gerechtigkeitssinn der AGB seines Vertragspartners sozusagen als kaufmännische Dummheit ausgegeben, dem Kunden also mangelnde Schlitzohrigkeit als Obliegenheitsverletzung vorgeworfen wird, ist jedenfalls ein recht brutaler moralischer Standpunkt.»

[9] STAUDINGER/COING, Kommentar BGB, N 48 zu § 119. SCHMIDT-SALZER, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 58, mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Judikatur. Vgl. auch HUHN, AGB, S. 198: «Im Zweifel ist die Unterschrift nur Einverständnis mit der gerechten Regelung.»

III. Die Schranken der rechtsgeschäftlichen Zurechnung vereinbarter AGB

A. Erste Schranke der Zurechnung: Übereinstimmender konträrer Geschäftswille

Theoretisch geniesst die subjektive Auslegung[10] gegenüber der objektiven Priorität. Ergibt sich nämlich ein übereinstimmender tatsächlicher Wille der Parteien, so ist daneben ohne Belang, ob auch die Äusserungen miteinander korrespondieren und ob sie sich mit dem übereinstimmenden innern Willen der Parteien decken. Falsa demonstratio non nocet. Wie im übrigen Vertragsrecht findet aber auch in der Praxis der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Grundsatz der subjektiven Vertragsauslegung nur recht selten Anwendung[11]. Meistens wird es nämlich bereits an der Voraussetzung fehlen, dass auch der Verwender mit seiner Erklärung eine von ihr abweichende Meinung verbindet.

B. Zweite Schranke der Zurechnung: Der erkennbar abweichende innere Wille des Kunden

Begründet man die grundsätzliche Bindung an global übernommene AGB damit, der Kunde habe damit dem zustimmen wollen, was bei Geschäften der in Frage stehenden Art üblicherweise mit zum Vertragsinhalt gemacht werde, so kann der Schutz des Erklärungsempfängers in seinem Vertrauen auf die Geltung des AGB-Inhaltes nicht uneingeschränkt sein: Auch nach herrschender Lehre[12] darf sich der Empfänger auf die Verweisungserklärung insoweit nicht verlassen, als besondere, ihm bekannte Umstände oder Äusserungen des Erklärenden ihm den Schluss nahelegen, der Inhalt der Urkunde sei insgesamt oder teilweise nicht gewollt. Insoweit ist der Kunde an seine Erklärung nicht gebunden. Die von ihm abgegebene globale Verweisung ist präzisiert worden; sein wirklicher Wille ist in Erscheinung getreten. Der Empfänger der Erklärung kann sich hier nicht auf den Anschein berufen. Dies gilt auch dann, wenn der Verwender den wirklichen Willen des Kunden nicht erkannt hat, ihn indessen hätte erkennen können und erkennen sollen.

Zum Beleg dieser Einschränkung seien einige Beispiele aus der Judikatur näher dargestellt:

[10] Zum Problem der Beweisbarkeit subjektiver, innerer Fakten vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 300.

[11] Als Beispiel RGZ *66* 427ff.

[12] OFTINGER, a. a. O., S. 268; HAUSHEER, Allgemeinverbindlicherklärung, ZSR *95* (1976) II 266; MERZ, Massenvertrag und AGB, S. 148, und die dort angeführte Judikatur. Eine ausführliche Begründung dieser Beschränkung findet sich in BGE *41* II 456.

– In BGE *34* II 529 (Schenker c. Barbezat) hat das Bundesgericht ausgeführt, das Vorliegen einer Schuldübernahmeerklärung (im Sinne der ungelesen unterzeichneten Urkunde) wäre dann abzulehnen gewesen, wenn der Erklärungsgegner gewusst hätte oder doch hätte wissen müssen, dass das ihm Erklärte nicht gewollt gewesen sei. In jenem Fall hat zwar mancherlei für das Wissen-Müssen des Adressaten gesprochen, aber diese Anhaltspunkte waren nicht genügend. Obschon der Erklärungsempfänger die missliche finanzielle Lage des Schuldners kannte, durfte er dennoch annehmen, die Erklärende habe sich als Braut des Schuldners auch ohne falsche Angaben über den Inhalt der Urkunde zur Unterschrift bewegen lassen.
– In BGE *45* I 43 (Walter c. Jeschonek) hatten die Parteien einen Sukzessivlieferungsvertrag abgeschlossen, der keine Gerichtsstandsvereinbarung enthalten hatte. Der Verkäufer veranlasste alsdann den Käufer, für die einzelnen Abrufserklärungen Formulare mit vorgedruckten Prorogationsklauseln zu verwenden. Er hätte trotz der «äusserlich einwandfreien Erklärung» erkennen müssen, dass der Käufer sich über die Abgabe eines Gerichtsstandsverzichts keine Rechenschaft gegeben hatte, da er sich sonst «über die nachträgliche Einschmuggelung der Klausel zweifellos aufgehalten hätte».
– In BGE *51* II 230 (Nicollier c. Assicuratrice italiana) hätte die beklagte Versicherungsgesellschaft aus den ihr bekannten Umständen erkennen können und müssen, dass der Kläger als Steinbruchunternehmer, der seine Arbeit unter Zuhilfenahme von Sprengstoffen betreiben musste, die Versicherung der Haftung für betriebliche Sprengunfälle nicht ausschliessen wollte, ja dass er die Betriebshaftpflichtversicherung wohl gerade im Hinblick auf Schädigungen im Zusammenhang mit den Sprengungen hatte abschliessen wollen. Der Haftungsausschluss war daher unbeachtlich.
– In BGE *64* II 355 (Widmer c. Zürcher Kantonalbank) entschied das Gericht: «Wer ein Schriftstück unterschreibt und damit einem andern eine Erklärung abgeben will, ohne sich um dessen Inhalt zu kümmern, muss dieses gegen sich gelten lassen, sofern nicht dem Empfänger bekannt war oder nach den Erfahrungen des Lebens vernünftigerweise bekannt sein musste, dass der Erklärungsinhalt nicht gewollt sei.»
– In BGE *101* II 339 (Sch. c. Patria) hätte die Beklagte erkennen müssen, dass der Kläger als medizinischer Laie den Begriff «Lumbago» nicht kannte. Der Kläger hatte die im Versicherungsantrag gestellte Frage nach «Rheumatismus, Lumbago, Ischias...» mit «Nein» beantwortet, obschon er eineinhalb Jahre zuvor wegen Lumbago behandelt worden war. Das Bundesgericht liess die Frage offen, ob auch hier – wie bei gebräuchlicheren Ausdrücken – dem Antragsteller eine Erkundigungspflicht auferlegt werden könne. Die Bedeutung des Wortes «Lumbago» sei «in der deutschen Schweiz den meisten Leuten unbekannt... Die Fragen des Versicherers sollten doch vernünftigerweise so formuliert sein, dass die meisten Leute sie verstehen können, ohne sich nach dem Sinn einzelner Ausdrücke erkundigen zu müssen... Im Hinblick auf das dem Art. 6 VVG zugrunde liegende Vertrauensprinzip sollte sich der Versicherer nur insoweit auf die Richtigkeit der Antworten verlassen dürfen, als die Fragen im Versicherungsantrag allgemeinverständlich formuliert sind.»

Ob der Vertrag dann, wenn der Verwender die tatsächliche Willensmeinung des Kunden hätte kennen sollen, an offenem Dissens leidet, wie dies AUER [13] generell annimmt, oder ob im Gegenteil Konsens im Sinne des dem Verwender

[13] AUER, Richterliche Korrektur, S. 14.

erkennbaren tatsächlichen Willens des Kunden anzunehmen ist, hängt von der konkreten Verteilung der Offerenten- bzw. Akzeptantenrolle im Vertragsabschlussverfahren ab: Ist der Verwender als Offerent aufgetreten, so ist Dissens anzunehmen. Das für den Kunden massgebende Auslegungsresultat, das mit dem Inhalt der AGB übereinstimmt [14], deckt sich objektiv nicht mit dem für den Verwender massgebenden Resultat der Auslegung der Willenserklärung seines Partners [15].

Findet sich umgekehrt der Kunde in der Rolle des Offerenten und der Verwender umgekehrt in jener des Akzeptierenden, so ist zu differenzieren: Der Verwender muss den Willen des Kunden unter der von uns getroffenen Annahme [16] als von den AGB inhaltlich abweichend erkennen. Stimmt er alsdann dennoch der Offerte zu, so liegt Konsens gemäss dem tatsächlichen und erkennbaren Willen des Kunden vor. Lautet indessen sein Akzept als Verweisung auf seine AGB, handelt es sich um bewussten oder gegebenenfalls auch unbewussten Dissens.

Die Berufung des Kunden darauf, sein von der Erklärung abweichender innerer Wille sei erkennbar gewesen, ist ihm selbstverständlich auch dann nicht verschlossen, wenn er geschäftserfahren ist. Immerhin wird man bei einem geschäftserfahrenen Kunden an die Erkennbarkeit der behaupteten Diskrepanz höhere Anforderungen stellen.

C. Dritte Schranke der Zurechnung: Die Ungewöhnlichkeitsregel

Wir haben erkannt, dass die Rechtfertigung der Bindung des global verweisenden Kunden an den AGB-Inhalt dahin lautet, er gehe von der Erwartung aus, die AGB entsprächen dem, was üblicherweise bei Geschäften der fraglichen Art vereinbart werde, und er erteile daher zu diesem üblichen Vertragsinhalt – ohne ihn zur Kenntnis zu nehmen – seine Zustimmung.

Von da her lässt sich auf vertrauenstheoretischer Grundlage der in Literatur [17] und Rechtsprechung [18] als Ungewöhnlichkeitsregel bezeichnete Grundsatz ableiten, wonach der Verwender sich dann nicht auf die Geltung einer AGB-Bestimmung berufen kann, wenn sie ausserhalb des Üblichen liegt: Mit

[14] Bei sorgfältiger Prüfung der Willenserklärung des Verwenders müsste der Kunde annehmen, der andere wolle den konkret vorliegenden AGB-Inhalt zum Vertrag erheben.

[15] Der Verwender hätte erkennen können und erkennen müssen, dass der Geschäftswille des Kunden mit dem Gehalt der AGB nicht übereinstimmt.

[16] Oben, S. 116 f.

[17] MERZ, Massenvertrag und AGB, S. 148; *ders.*, Länderbericht, S. 84 ff.; *ders.*, Contrôle, S. 198; JÄGGI, a. a. O., N 498 f., jedoch mit anderer Begründung; AUER, a. a. O., S. 15. Für das deutsche Recht: RAISER, AGB, S. 178; SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 237 f.

[18] BGE *98* Ia 321. Obergericht Basel-Landschaft, in BJM *1957* 273.

solchen Klauseln rechnet der global verweisende Kunde normalerweise nicht [19]; sie sind daher von seiner Verweisungserklärung nicht umfasst. In bezug auf ungewöhnliche Bestimmungen kann der global verweisende Kunde sich darauf berufen, er habe sie nicht gelesen [20]. Dies muss auch dann gelten, wenn der Kunde geschäftserfahren ist.

Entgegen verbreiteter Anschauung hat das Bundesgericht bis heute die Ungewöhnlichkeitsregel noch nie ausdrücklich anerkannt.

- BGE *49* II 167 (Schweiz. Genossenschaftsbank c. Strub und Genossen) wird in der Literatur [21] bisweilen als höchstrichterlicher Grundsatzentscheid für die Ungewöhnlichkeitsregel angeführt. In dem jenem Entscheid zugrunde liegenden Sachverhalt hatten eine Reihe geschäftlich nicht besonders erfahrener Baugenossenschafter eine Grundpfandverschreibung zur Sicherung eines von der Klägerin an die Genossenschaft zu gewährenden Baukredites unterschreiben wollen. Im öffentlich beurkundeten handschriftlichen und nicht leicht leserlichen und umfangreichen Akt fand sich – gleichsam in einem Nebensatz versteckt – eine Bürgschaftserklärung. Das Bundesgericht nahm an, es sei an sich eine Bürgschaft zustande gekommen. Es schützte also zunächst, bei der Frage des Konsenses, die Erklärungsempfängerin. Es stellte aber zugleich fest, die Baugenossenschafter könnten sich u. U. auf Erklärungsirrtum berufen, und zwar ohne Rücksicht auf die Erkennbarkeit des Willensmangels. Erst bei der Würdigung der Frage, ob die Bürgschaftsklausel den Baugenossenschaftern habe entgehen können, wurde der Umstand relevant, dass es sich hiebei um eine für eine Grundpfandverschreibung ungewöhnliche Klausel handelte. Das Gericht nahm an, die Beklagten hätten von den Bedingungen der Solidarbürgschaft keine Kenntnis gehabt. Ihre Berufung auf die einseitige Unverbindlichkeit infolge Irrtums wurde daher geschützt.
- Ebensowenig handelte es sich bei BGE *51* II 230 (Nicollier c. Assicuratrice italiana) und bei BGE *51* II 281 um Anwendungsfälle der Ungewöhnlichkeitsregel [22].

Das Bundesgericht hat also noch nie entschieden, eine Klausel sei deshalb nicht vom Konsens umfasst, weil sie nicht üblich sei. Immerhin scheint das Gericht in BGE *98* Ia 321 obiter dicendo selber anzudeuten, dass in dieser Frage eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung erwartet werden darf: Unter Bezugnahme auf die Autoren JÄGGI und MERZ stellt es fest, dass «in der neueren Zivilrechtslehre mit beachtlichen Gründen die Auffassung vertreten wird, dass in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene ungewöhnliche Regeln und insbesondere freiheitsbeschränkende Regeln wie der Verzicht auf den ordentlichen Gerichtsstand, durch eine blosse globale Zustimmungserklärung nicht verbindlicher Vertragsinhalt werden, sondern nur dann, wenn der Geschäftspartner diesen Regeln bewusst zugestimmt hat».

Zu Recht betont BAUER [23], dass die Frage, ob eine Klausel im Einzelfall unge-

[19] Oben, S. 115. BAUER, Schutz vor AGB, S. 45; HELM, Normative Theorie, S. 141.
[20] Ebenso: JÄGGI, a. a. O., N 498.
[21] AUER, a. a. O., S. 16; FORSTMOSER, a. a. O., S. 20; differenzierend: JÄGGI, a. a. O., N 498.
[22] Anders AUER, a. a. O., S. 16.
[23] BAUER, a. a. O., S. 46; ebenso JÄGGI, a. a. O., N 499.

wöhnlich ist oder nicht, individuell, von den für den Empfänger erkennbaren Standpunkt des Erklärenden aus zu beurteilen ist. So kann für einen branchenfremden Kunden auch eine Bestimmung unüblich sein, die im betreffenden Wirtschaftszweig einigermassen verbreitet ist[24]. Von besonderer Bedeutung ist der Grundsatz, dass all jene Regeln ungewöhnlich sind, die nicht dazu dienen, den durch die vereinbarten Hauptleistungen charakterisierten Vertrag zu ergänzen, und die deshalb geschäftsfremd sind. Der Kunde muss nur mit solchen Regeln rechnen, die den «übereinstimmend gewollten Geschäftskern weiter ausformen»[25]. Wenn es sich also beim Einzelvertrag um einen bereits durch die Rechtsordnung normierten Vertrag handelt, sind die AGB nur insoweit wirksam, als dass sie nicht die Umgestaltung des Verhältnisses in einen andern Vertragstyp implizieren[26]. Handelt es sich bei dem Individualvertrag um einen Vertrag sui generis, so ist die Richtlinie entsprechend aus dem mutmasslichen Parteiwillen zu entwickeln.

Hingegen wäre es freilich nicht zulässig, einzelne Klauseln der AGB schon deshalb als ungewöhnlich zu betrachten, weil sie den Kunden in unbilliger Weise benachteiligen. Das in dieser Arbeit noch zu entwickelnde Instrumentarium[27] zum Schutze des Kunden beruht nicht auf dem Gedanken, die betreffende Klausel sei vom Verweisungswillen des Kunden erkennbarermassen nicht umfasst, sondern auf einer besondern Anwendung der der Vertrauenstheorie zugrunde liegenden Leitgedanken auf die den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eigentümliche Problemlage.

D. Vierte Schranke der Zurechnung: Widerspruch zur Individualabrede

Ebenfalls aus vertrauenstheoretischen Gedankengängen ergibt sich der Grundsatz, dass jene Klauseln der AGB, die in Widerspruch zu den individuellen Abreden oder im Gegensatz zu dem beidseitig vorausgesetzten Vertragsinhalt stehen, für das betreffende Rechtsverhältnis nicht wirksam werden[28].

Als Begründung dieses Satzes wird angegeben, es handle sich hier um einen Anwendungsfall des Satzes, wonach die speziellere Norm die allgemeinere ver-

[24] JÄGGI führt als Beispiel die im Autodetailhandel vorkommende Klausel an, der Käufer dürfe das gekaufte Fahrzeug während einer bestimmten Zeit nicht ausserhalb des Rayons des Verkäufers weiterveräussern.

[25] JÄGGI, a. a. O., N 499. Ebenso BAUER, a. a. O., S. 46.

[26] So auch für das deutsche Recht: SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 174.

[27] Vgl. unten, Teil III.

[28] So die allgemeine Auffassung: MERZ, Massenvertrag und AGB, S. 153; FORSTMOSER, Rechtsprobleme, S. 18; NAEGELI, AGB, S. 293 ff. (mit einigen Differenzierungen), JÄGGI, a. a. O., N 491 ff.; RAISER, AGB, S. 230 ff.; SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 171; BGE *51* II 230 ff., *73* II 218, *81* II 350, *88* II 341, *101* II 339. Nun auch § 4 AGB-Gesetz.

dränge[29]. Sachlich zutreffender dürfte die vertrauenstheoretische Rechtfertigung sein: Die AGB sind für das Vertragsverhältnis – wie gesehen – nur insoweit relevant, als sie, wenn sie dem individuellen Vertragsverhältnis inkorporiert worden sind, die Vermutung schaffen, ihr Inhalt sei insgesamt von den Parteien gewollt. Wenn die Kontrahenden jedoch von den AGB abweichende Willenserklärungen abgeben, kann dies von den Parteien vernünftigerweise nur so gedeutet werden, der anderslautende AGB-Inhalt entspreche nicht dem tatsächlichen Geschäftswillen des Vertragspartners. Insoweit mangelt es überhaupt an der Geltungsgrundlage der betreffenden AGB-Klausel; ein Konkurrenzproblem zwischen einer generelleren und einer spezielleren Norm entsteht gar nicht[30]. So hat etwa das Oberlandesgericht Frankfurt[31] entschieden, eine in AGB enthaltene Bestimmung, wonach ein Kredit «jederzeit» kündbar sei, sei nicht gültig, wenn im Kreditvertrag individuell die Kündbarkeit auf den Fall des Vorliegens eines «wichtigen Grundes» beschränkt sei.

Der Grundsatz des Vorranges der Individualabrede findet auch dort Anwendung, wo die AGB-Klausel nicht in direktem Widerspruch zur Sondervereinbarung steht, sondern sich sonst nicht ebenmässig in den Individualvertrag einfügt[32]. In diesem Umfang können AGB keine Geltung für sich beanspruchen. Schmidt-Salzer verweist in diesem Zusammenhang auf das Beispiel eines Garagenvertrages, bei dem der Garagenunternehmer durch Individualabrede sich zu Wartung und Pflege eines Autos verpflichtet, die Haftung für Frostschäden jedoch formularmässig wegbedungen hatte. Hier war der Haftungsausschluss unwirksam, weil sonst ein Teil der Verpflichtung zur unverbindlichen Gefälligkeit geworden wäre[33].

Probleme erlegen im Zusammenhang des Vorranges der Individualabrede insbesondere die sogenannten Schriftformklauseln auf: Oftmals enthalten AGB eine Bestimmung, wonach sie nur durch schriftliche Abrede abgeändert werden können oder mündliche Nebenabreden nur bei schriftlicher Bestätigung wirksam seien.

Hier ist bei der rechtlichen Beurteilung einmal davon auszugehen, dass die AGB zunächst nur als einseitige Offerte in die Vertragsverhandlungen einbezogen werden. Wenn sie eine Schriftformklausel enthalten, handelt es sich um einen Formvorbehalt, der zu seiner Wirksamkeit an sich keiner Vereinbarung bedarf. Da der Offerent sein Angebot frei bestimmen kann, kann er die Bindungswirkung seiner Erklärung auch von der Einhaltung einer gewillkürten

[29] So Raiser, AGB, S. 231.
[30] So richtig: Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 171 und 173, und Helm, Normative Theorie, S. 142.
[31] Betriebs-Berater *1952* 871.
[32] Ebenso Jäggi, a. a. O., N 492.
[33] Vgl. Schmidt-Salzer, AGB, S. 67.

Form abhängig machen[34]. Aus der einseitigen Natur des Formvorbehaltes folgt, dass er auch jederzeit zurückgenommen werden kann[35]. Die Rücknahme kann auch durch schlüssiges Verhalten geschehen. Wenn der Verwender eine vom Kunden vorgeschlagene, von den AGB abweichende Individualabrede eingeht oder selber eine entsprechende Offerte unterbreitet, darf der Kunde annehmen, die Schriftformklausel sei konkludent widerrufen.

Nicht anders ist es dann zu halten, wenn ein Vertrag unter Einbeziehung von AGB, die eine Schriftformklausel enthalten, bereits zustande gekommen ist und nachträglich durch formlose Vereinbarung abgeändert werden soll: Die Abänderung von AGB unter Missachtung der Schriftformklausel stellt zugleich eine Aufhebung des Formvorbehaltes durch «contrarius actus» dar[36].

Diese Auffassungen über den Vorrang der Individualabrede beanspruchen Gültigkeit indessen nur für den Regelfall. Die Auslegung der beidseitigen Willenserklärungen kann im einzelnen durchaus ein völlig umgekehrtes Ergebnis zeitigen. Es kann sich nämlich auch ergeben, dass durch nachträgliche Vereinbarung der AGB eine frühere Vereinbarung aufgehoben werden solle oder früher Besprochenes überhaupt nicht verbindlich gemeint war[37]. Eine solche Annahme wird man jedoch wenigstens bei global übernommenen AGB nur[38] äusserst zurückhaltend treffen. Wenn der Verwender, nachdem einzelne Punkte bereits besprochen waren, den Kunden dazu bewegt, global auf AGB zu verweisen, so muss er damit rechnen, der Kunde messe diesen nur ergänzenden Charakter bei. Vom Verwender, der durch Inkorporation von AGB bereits Vereinbartes abändern will, muss, um mit RAISER[39] zu sprechen, eine deutliche Sprache verlangt werden.

E. Fünfte Schranke der Zurechnung: Erhöhte Anforderungen an Gerichtsstandsklauseln

Gerichtsstandsvereinbarungen sind prozessrechtliche Verträge und unterstehen als solche grundsätzlich dem kantonalen Recht[40], es sei denn, es werde als einzige zuständige Instanz das Bundesgericht bezeichnet. Das kantonale Recht bestimmt also grundsätzlich die Mindestvoraussetzungen, ohne die eine Proro-

[34] v. TUHR-SIEGWART, Allgemeiner Teil OR, S. 231.

[35] Darin drückt sich die in Art. 27 ZGB eingeräumte Handlungsfähigkeit aus, auf die niemand weder ganz noch teilweise verzichten kann. v. TUHR/SIEGWART, a. a. O., S. 231. Vgl. auch SCHMIDT-SALZER, Rechtsprobleme der Schriftformklauseln, NJW *1968* 1257, der die Unbeachtlichkeit der Schriftformklauseln aus dem Rechtsmissbrauchverbot herleitet; FLUME, Rechtsgeschäft, S. 265; SCHLOSSER/GRABA, AGBG, § 9 N 116.

[36] BGH in NJW *1965* 293.

[37] Ebenso: JÄGGI, a. a. O., N 493.

[38] Ebenfalls für eine Differenzierung: NAEGELI, AGB, S. 295 ff.

[39] RAISER, AGB, S. 231.

[40] STRÄULI/MESSMER/WIGET, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, N 2 zu § 11.

gation nicht gültig zustande kommen kann. So bestimmt etwa § 11 der Zivilprozessordnung des Kantons Zürich, dass Gerichtsstandsvereinbarungen der Schriftform bedürfen. Damit wird auf Art. 13ff. OR verwiesen: Die Vereinbarung muss die Unterschrift wenigstens der Person tragen, die durch sie verpflichtet werden soll. Prorogationsklauseln, die in bloss mündlich vereinbarten AGB enthalten sind, binden die Parteien daher nicht. Ebensowenig genügt ein in einem schriftlichen Vertrag enthaltener Verweis auf die AGB, die eine Gerichtsstandsklausel enthalten[41]. Nichtig ist die Klausel a fortiori auch dann, wenn ein entsprechendes AGB-Formular ohne ausdrückliche Verweisung einfach einer Offerte beigelegt wurde. Die Unterschrift muss nach ihrer räumlichen Stellung die Prorogationsklausel umfassen[42].

Bewirkt die Gerichtsstandsvereinbarung jedoch den Verzicht der einen oder beider Parteien auf die in Art. 59 BV enthaltene Gerichtsstandsgarantie, so hat das Bundesgericht in langjähriger und konstanter Praxis die Anerkennung solcher Vereinbarungen von speziellen Voraussetzungen abhängig gemacht: Das Bundesgericht verlangt eine ausdrückliche Verzichterklärung, die keinen Zweifel daran bestehen lässt, dass ein Verzicht auf den Wohnsitzrichter dem Willen der verzichtenden Partei entspricht[43].

Dabei stellt das Bundesgericht massgebend darauf ab, ob es sich bei der verzichtenden Partei um eine geschäftsunerfahrene und rechtsunkundige Partei oder aber um einen in Geschäften Geübten[44] handelt. Wichtig ist auch, ob dem Verzichtenden die Gerichtsstandklausel schon aus dem früheren Verkehr mit dem andern bekannt war. Unter Geschäftsleuten ist eine Gerichtsstandsvereinbarung selbst dann verbindlich, wenn sie nicht gelesen oder verstanden wurde[45].

Das Bundesgericht verlangt für die Gerichtsstandsabrede keine besondere Form. Ist jedoch für den Vertragsschluss ein Formular verwendet worden, so muss sich die Gerichtsstandsabrede auf dem Schriftstück befinden und, wenn es sich um umfangreiche Klauselwerke handelt, besonders hervorgehoben werden. Nur dann genügt ausnahmsweise auch der Verweis auf nicht gegenwärtige AGB, wenn gewiss ist, dass diese dem Kunden ohnehin in allen Teilen bekannt sind[46].

[41] Ebenso STRÄULI/MESSMER/WIGET, a. a. O., N 8; anders noch das Zürcher Kassationsgericht in ZR *32* (1933) 27.

[42] Ebenso BGE *48* II 227, *85* II 565, *93* I 328; JÄGGI, a. a. O., N 37 zu Art. 13 OR; STRÄULI/MESSMER/WIGET, a. a. O.

[43] BGE *52* I 268, *56* I 16, *57* I 11, *59* I 23, *71* I 26, *84* I 36, *87* I 56, *91* I 14, *93* I 327. Dazu STAEHELIN, Die Staatsverträge über Zivilprozess und Zwangsvollstreckung, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, S. 579.

[44] BGE *85* I 151, *87* I 52, *91* I 15ff.; STAEHELIN, a. a. O., S. 579.

[45] So *91* I 15f.

[46] Z. B. Börsenbedingungen.

Wenn die Möglichkeit besteht, dass dem Kunden die Prorogationsklausel entgehen könnte, muss ihn der Verwender auf ihre Existenz hinweisen[47] und gegebenenfalls über ihre Bedeutung aufklären. Die Gefahr, dass der Kunde die Klausel übersieht, besteht namentlich, aber nicht nur dann, wenn sie sich inmitten einer Vielzahl von andern Bedingungen befindet und in keiner Weise hervorgehoben wird. Ein klarer und unmissverständlicher Verzicht liegt auch dann nicht vor, wenn die Bedingungen in einer Sprache abgefasst sind, die der Kunde nicht oder nur unzulänglich versteht[48].

Zu Recht postuliert JÄGGI[49] die Ausdehnung dieser von der Rechtsprechung für die Prorogation entwickelten Regeln auch auf andere Vereinbarungen, welche die Rechtswahrung für den Kunden erschweren. Was die Verträge über Beweismittel[50] angeht, so dürften diese sogar völlig unzulässig sein, da sie Eingriffe in die Beweiswürdigung darstellen, deren Vornahme dem Richter nicht entwunden werden kann[51].

F. Sechste Schranke der Zurechnung: Klauseln, die den Interessen des Kunden in unbilliger Weise zuwiderlaufen

Stein des Anstosses im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bilden zweifellos jene AGB, die den vom Gesetzgeber gewollten Interessenausgleich in unbilliger und sachlich nicht gerechtfertigter Weise zum Nachteil des Kunden abändern oder die sonst seinen legitimen Interessen in qualifizierter Weise zuwiderlaufen. Es geht um jene Fälle, wo der Verwender die Gelegenheit benützt, möglichst alle mit der Vertragsabwicklung zusammenhängenden Risiken auf den Kunden abzuwälzen. Zu Recht hat schon RAISER festgestellt, dass hier der Kampf um die bessere rechtliche Stellung unter den Parteien nicht mit «offenem Visier» ausgetragen werde[52]. Der Kunde wird planmässig veranlasst, auf seine Rechte, die ihm das Gesetz verleiht, zu verzichten, ohne dass er sich dessen recht gewahr wird[53]. Die geschilderte besondere Abschlusstechnik von AGB-Verträgen hat einen weiten und sehr gewichtigen Bereich der Vertragswirklichkeit vom liberalen Modell entrückt, das die individuelle Interessenwahrung durch möglichst herrschaftsfreies Aushandeln der Kontraktinhalte gewährleisten wollte.

An diesen Sachverhalt denkt REHBINDER[54], wenn er feststellt, dass es an Leit-

[47] BGE *87* I 48 ff.
[48] So BGE *91* I 15.
[49] JÄGGI, Kommentar zu Art. 1 OR, N 504.
[50] Etwa dass ein bestimmter Beweis nur durch Urkunden soll geführt werden können.
[51] So WALDER, Zürcher Zivilprozess, S. 341, im Anschluss an GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast, S. 70 f. A. A. ROSENBERG/SCHWAB, Zivilprozessrecht, S. 566.
[52] RAISER, AGB, S. 22. Vgl. dazu auch OFTINGER, laesio, S. 546 ff.
[53] Vgl. oben, S. 18 ff.
[54] REHBINDER, AGB und die Kontrolle ihres Inhaltes, S. 5. Für das deutsche Recht wurde diesem Zustand inzwischen durch den Erlass eines besondern AGB-Gesetzes abgeholfen.

linien für ein modernes, dem Phänomen der AGB gewachsenes Vertragsrecht fehlt.

Die Frage lautet also dahin: Wie lässt es sich verhindern, dass der Geschäftswille des Kunden bei der Bestimmung der Rechtsfolgen von einseitigen AGB-Verträgen eliminiert wird?

Die Antwort lautet: Indem man den Verwender zwingt, sein Visier zu öffnen! Man muss ihn veranlassen, den Kunden auf die Klauseln hinzuweisen, die ihn benachteiligen, und ihn gegebenenfalls über ihre Tragweite aufklären[55].

Die Begründung dieser Ansicht, die in einem markanten Gegensatz zu dem von den schweizerischen Gerichten Geübten steht, setzt eine Besinnung auf einige tragende Prinzipien unseres Vertragsrechtes voraus. Die Auffassung, der Verwender habe den Kunden auf unbillige Klauseln hinzuweisen, beschlägt die Frage nach dem gegenseitigen Pflichtbereich der Parteien beim Vertragsabschluss. Es liegt auf der Hand, dass eine befriedigende Bewältigung dieses Problems nicht möglich ist, ohne dass man sich zunächst Rechenschaft darüber gibt, weshalb die Rechtsordnung dazu gelangt, Verträge überhaupt mit bindender Wirkung auszustatten. Es geht also zunächst insbesondere darum, die Zurechnungsgrundlagen des Vertrages herauszuarbeiten. Das Ergebnis soll alsdann in kritischer Absicht einer dogmatischen Analyse der AGB gegenübergestellt werden. Diese Arbeit soll im dritten Teil dieser Abhandlung versucht werden.

[55] Vgl. BGHZ *33* 293, *40* 22; OLG Celle, NJW *58* 562. In der Sache ähnlich: Huhn, AGB, S. 199. Vgl. auch Larenz, Culpa in contrahendo, S. 412. Neuestens Etter, Sammeldepot, S. 105 f.

3. Teil: Die Zurechnung global einbezogener AGB, die eine den Kunden in unbilliger Weise benachteiligende Ordnung enthalten

5. Kapitel: Die Zurechnungsprinzipien von Verträgen und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen

§ 17 Das Problem

AGB im prototypischen Sinne werden vom Kunden in der Mehrzahl der Fälle ohne inhaltliche Kenntnisnahme akzeptiert. Als Ursachen für diese allgemein[1] konstatierte Erscheinung nennt das Schrifttum meist die intellektuelle Überforderung[2] des Kunden angesichts des äussern Umfanges und der abstrakten Sprache der AGB. Ausserdem bestehe eine generelle Geringschätzung des «Kleingedruckten» seitens des kaufmännisch weniger erfahrenen Publikums und eine – meist berechtigte – Vermutung, auf den Inhalt der getroffenen Regelung ohnehin keinen Einfluss nehmen zu können. Vielleicht spielt auch ein verbreitetes, selten bewusstes Gefühl eine Rolle, wonach das gedruckte gegenüber dem bloss gesprochenen Wort erhöhte Respektabilität geniesse; die Meinung auch, wo alle unterschreiben, dürfe man ohne grosse Gewissensplagen sich gleich verhalten. Aber selbst jene Kunden, die sich der regelmässig nicht unbeträchtlichen Mühe unterziehen, die vorgelegten AGB durchzulesen, werden sich – falls sie nicht gründlich juristisch geschult sind – der Beeinträchtigung in ihrer Rechtsstellung selten vollumfänglich gewahr[3]. Man hat sich also die den AGB eigentümliche Situation folgendermassen vor Augen zu halten: auf seiten des Verwenders richtet sich das kognitive Element des Willens üblicherweise[4] gleichermassen auf die AGB insgesamt wie auf die Klauseln im einzelnen. Sowohl die AGB – da er sie ja proponiert – wie grundsätzlich auch die darin vorgesehenen Regeln sind dieser Partei bekannt und werden von ihrem Willen

[1] Nachweise oben, S. 20, und unten, S. 143; BGH in Juristenzeitung *1973* 91.

[2] Oftinger, laesio, S. 54; Schmidt-Salzer, AGB, N 8, 9, 10; Rehbinder, AGB und die Kontrolle ihres Inhaltes, S. 42f.; Raiser, AGB, S. 21; *ders.*, in «Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen», S. 137; Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, S. 15, 18, 49; Huhn, AGB, S. 199; Bauer, Schutz vor AGB, S. 17.

[3] Hier ist das Diktum Oftingers besonders aktuell: «Die Dinge dieser Welt sind so kompliziert geworden, die Methoden vieler Geschäftsleute so raffiniert und suggestiv, oft auch rücksichtslos (ohne dass dies in die Augen zu springen braucht), das Angebot an Waren und zum Teil auch Dienstleistungen so unüberschaubar, ihr Wert für den Aussenstehenden so schwer oder überhaupt nicht zu schätzen, dass jeder von uns auf ungezählten Gebieten Laie ist.» Laesio, S. 545.

[4] Ausnahmen betreffen meistens die Fälle von Verbandsbedingungen, die von Kleinkaufleuten benutzt werden.

in jeder Hinsicht getragen. Demgegenüber bezieht sich das intellektuelle Moment des Willens des Kunden in den prototypischen Fällen ausschliesslich auf die AGB in ihrer Gesamtheit, während die einzelnen Klauseln ihm gar nicht zu Bewusstsein gelangen und daher auch gar nicht von seinem Willen gedeckt sein können.

Es ist demnach zu untersuchen, ob sich aus dieser, gegenüber dem Normaltatbestand der vertraglichen Einigung durch besondere Merkmale ausgezeichneten Situation besondere Grundsätze für die rechtsgeschäftliche Zurechnung der beidseitigen Willenserklärung ergeben.

§ 18 Privatautonomie und «vertragliche Richtigkeit»

I. Privatautonomie

A. Die Privatautonomie als einziges Zurechnungsprinzip

Nach der in der Schweiz wohl vorherrschenden Auffassung erfolgt die Bindung der Vertragsparteien an ihr gegebenes und von der Gegenpartei angenommenes Versprechen aus der grundsätzlichen Anerkennung der Privatautonomie durch die Rechtsordnung. Die von den Privaten geschlossenen Abmachungen sollen innerhalb des zwingenden Rechtes und der Schranke der Sittlichkeit unabhängig von der inhaltlichen Angemessenheit bereits deshalb mit rechtlicher Verbindlichkeit ausgestattet werden, weil sie von den daran unmittelbar Beteiligten so gewollt sind [1]. Dabei stellt man sich die Privatautonomie als eine der menschlichen Natur eigentümliche und der Rechtsordnung vorgegebene Qualität vor [2], die der Gesetzgeber lediglich zur Kenntnis zu nehmen und zu sanktionieren habe.

Auch für FLUME [3], dem wohl eindruckvollsten Vertreter der Privatautonomie in der deutschen Doktrin, ergibt sich beim Rechtsgeschäft, insbesondere beim Vertrag, die Rechtsfolge aus der rechtlichen Anerkennung des Wertes der

[1] WALTHER BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 24: «Die Freiheit der Vereinbarung ist ... vielmehr der primäre Zweck.» Zum Thema der Privatautonomie auch S. 220 f. JÄGGI, Kommentar zu Art. 1 OR, N 112: «Der gesetzgeberische Grund für die Gestaltungswirkung folgt insoweit, als diese Wirkung den staatlichen Bereich beschlägt, ... aus der grundsätzlichen Anerkennung der Privatautonomie. Verpflichtungserklärungen sollen ... grundsätzlich ohne Rücksicht auf ihren Inhalt schon deshalb gelten, weil sie von den Beteiligten gewollt sind.» Ebenso bei Art. 1 OR, N 41; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, S. 79. Vgl. dagegen: HAUSHEER, Allgemeinverbindlicherklärung, ZSR *95* (1976) II 261 ff.

[2] ENGEL, a. a. O., S. 79; MERZ, Privatautonomie, S. 1; BAUER, a. a. O., S. 20.

[3] FLUME, Festschrift, Bd. I, S. 135 ff.; *ders.*, Rechtsgeschäft, S. 8. Ebenso ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht, S. 84: «Geltungsgrund der lex contractus ist die Selbstbestimmung des einzelnen und die Anerkennung durch die Rechtsordnung.»

Selbstbestimmung. Zwar sind Rechtsfolgen kraft privatautonomer Gestaltung auch bei ihm insoweit stets gesetzliche Rechtsfolgen, als der privatautonome Akt nur durch die Rechtsordnung rechtliche Geltung erlangt. Die Rechtsordnung beschränke sich aber innerhalb des Bereiches der privatautonomen Gestaltung darauf, dieser Geltung zu verleihen. Daher sei es gerechtfertigt, hier von «Rechtsfolgen kraft privatautonomer Gestaltung» zu sprechen[4]. Insofern bedeute die Geltung des Grundsatzes der Privatautonomie nichts anderes als die Anerkennung der «Selbstherrlichkeit» des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse[5]. Innerhalb ihres Bereiches stellt nach FLUMES Ansicht die Rechtsfolge demnach nicht einfach eine Wertung von Handlungen und Vorgängen durch die Rechtsordnung dar; die Rechtsfolge werde vielmehr durch die Selbstbestimmung getragen[6].

Aus der Anerkennung der Privatautonomie wird vorerst negativ gefolgert, dass innerhalb ihrer Grenzen jede Fremdbestimmung – Heteronomie – ausgeschlossen sei, auch die Fremdbestimmung durch den Richter[7]. Die positive Seite kennzeichne sich dadurch, dass die privatautonome Gestaltung von Rechtsbeziehungen, soweit sie von der Rechtsordnung anerkannt, d. h. mit Geltung ausgestattet wird, keiner andern Rechtfertigung bedürfe, als dass der einzelne sie wolle. Bloss ideales Postulat ist es nach FLUME, dass der einzelne diese Freiheit als Freiheit verstehe, «die als ethische die Sittlichkeit, als rechtliche die Rechtlichkeit sich selber zum Gesetz»[8] mache. Rechtlich anerkannt sei die privatautonome Gestaltung unabhängig davon, ob die Freiheit in diesem idealen Sinne ausgeübt wird.

B. Kritik: Das Ungenügen der monistischen Zurechnungstheorie

1. Es liegt auf der Hand, dass sich Schwierigkeiten für diese monistische Zurechnungstheorie zunächst und vor allem[9] dort stellen, wo der Erklärende trotz Fehlens eines entsprechenden Willens kraft positiven Rechts an seine Erklärung gebunden bleibt. Während im Normalfall des Rechtsgeschäftes sowohl die Erklärung wie der ihr zugrunde liegende tatsächliche Geschäftswille in korrespondierender Weise final auf eine Begründung, Änderung oder Aufhebung von

[4] FLUME, Rechtsgeschäft, S. 3.
[5] FLUME, Rechtsgeschäft, S. 6.
[6] FLUME, Festschrift, S. 150.
[7] FLUME, Rechtsgeschäft, S. 6.
[8] Nach einer bei FLUME, Rechtsgeschäft, S. 6, zitierten Formulierung von BALLERSTEDT.
[9] Nicht nur da: Eine schlüssige Erklärung aus der Sicht des Selbstbestimmungsmonismus kann auch nicht für jene Fälle des positiven Rechtes gegeben werden, wo eine völlig unzweifelhaft von der Selbstbestimmung getragene Willenserklärung für den Erklärenden nicht oder doch nicht ohne weiteres verbindlich ist: Abzahlungs- und Vorauszahlungsgeschäfte, wo der Käufer innert fünf Tagen vom Vertrag zurücktreten kann. Das gleiche gilt auch für formbedürftige Rechtsgeschäfte aller Art.

Rechtsverhältnissen gerichtet ist, fehlt es bei den hier in Frage stehenden pathologischen Erscheinungen entweder an der Übereinstimmung zwischen dem tatsächlichen Geschäftswillen und der Erklärung oder an dem einwandfreien Zustandekommen des Geschäftswillens. Zumindest im ersteren Fall, beim Abweichen des innern Willens von der Erklärung, fehlt es demnach unzweifelhaft an einem Essentiale der Selbstbestimmung. Trotzdem wird die Willenserklärung, vorbehältlich der in bestimmten Fällen bestehenden Anfechtungsmöglichkeit[10], dem Erklärenden zugerechnet[11].

Dieser Schwierigkeit mag man zur Not damit begegnen, dass man den Begriff der Privatautonomie als der Willensherrschaft, der Selbstbestimmung im eigentlichen Sinne, erweitert und darunter auch den Gedanken der Selbstverantwortung fasst[12]. Auf einen so bestimmten Selbstbestimmungsbegriff lässt sich alsdann das Vertrauensprinzip zurückführen, durch das man die vorläufige oder definitive Zurechnung fehlerhafter rechtsgeschäftlicher Akte zu rechtfertigen pflegt. Dennoch ist aber nicht zu bestreiten, dass der um den Grundsatz der Selbstverantwortung erweiterte Begriff der Privatautonomie nicht mehr der ursprünglichen Idee der Selbstbestimmung als des vom Willen getragenen autonomen Aktes entspricht. Gerade Flume[13] selbst weist darauf hin, dass die Frage, wie weit bei der Bindung des Erklärenden an pathologische Akte «der Selbstverantwortung Raum zu geben ist», sich nicht aus dem Wesen der Selbstbestimmung ergeben kann, sondern eine Sache der Wertung ist. Damit kann das Problem jedoch nicht als bewältigt gelten. Es stellt sich hier nämlich sofort und unabweisbar die Frage nach den Grundsätzen, nach dem Kriterium, das für die Ausübung solcher Wertung massgebend sein soll.

2. Aber auch in anderer Richtung zeigen sich Unzulänglichkeiten[14] des Selbstbestimmungsmonismus: Das positive gesetzliche Privatrecht kennt, ab-

[10] Es handelt sich, im Gegensatz zum BGB, um eine Anfechtung in einem untechnischen Sinne: Berufung auf die einseitige Unverbindlichkeit.

[11] Damit ist jenes Problem angesprochen, das vor allem in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu der Kontroverse zwischen den Vertretern der Willenstheorie und der Erklärungstheorie geführt hat. Auf diese, heute weitgehend nur noch historisch interessanten Auseinandersetzungen braucht in unserem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden. Vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip, §§ 18 26. Nur ein einziger Punkt ist hier anzumerken: Oft wird die Ansicht geäussert, das von den Willenstheoretikern aufgestellte Dogma der Nichtigkeit fehlerhafter Willensäusserungen stelle eine bloss «begriffsjuristische», d. h. auf logischem Wege aus dem Begriffe der Willenserklärung abgeleitete doktrinäre und rein formale Konstruktion dar. Dem ist zu widersprechen. Das Nichtigkeitsdogma beruhte auf einer materiellen Wertung der Willenserklärung als Angelpunkt der Selbstbestimmung und der Privatautonomie. Dies sei durch ein Zitat von Dernburg belegt: «Die Erklärung schlechthin entscheiden zu lassen, auch wenn sie des Willens bar ist, [hiesse] den Zufall zum Herrn machen, statt planmässiger Gestaltung», Pandekten I, 3. A., § 99 N 2. Vgl. dazu auch unten, S. 134.

[12] Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip, S. 109; Flume, Festschrift, S. 159: «Die Selbstverantwortung [ist] ein unabdingbarer Teil der Selbstbestimmung.»

[13] Flume, Festschrift, S. 160.

[14] Dazu: Bydlinski, Privatautonomie, S. 56ff.

gesehen einmal von den durch das zwingende Recht der Privatautonomie gesetzten Schranken, mehrere Erscheinungen, wo eine Vereinbarung unzweifelhaft vom Willen, von der Selbstbestimmung der Beteiligten getragen ist und wo sie trotzdem nicht ohne weiteres als verbindlich zugerechnet wird: Art. 226c OR gewährt dem Abzahlungskäufer das Recht, sich innert fünf Tagen nach Erhalt des beidseitig unterzeichneten Abzahlungsvertrages seiner Verpflichtungen durch schriftliche Verzichterklärung zu entschlagen. Aus der Vereinbarung über ein Spiel oder eine Wette entsteht gemäss Art. 513f. OR auch dann keine Forderung, wenn sie in voller Selbstbestimmung getroffen wurde.

Diese Beispiele zeigen, dass die Rechtsordnung die Privatautonomie nur beschränkt als Gestaltungsmittel privatrechtlicher Beziehungen einsetzt; ihr Anwendungsbereich unterliegt Grenzen. Die Existenz von Fällen, wo die Ausübung von Privatautonomie nicht mit rechtlicher Geltung ausgestattet wird, impliziert, dass die Privatautonomie nicht endgültiger, absoluter Zurechnungsgrund des Rechtsgeschäftes bilden kann. Es muss im Gegenteil vorausgesetzt werden, dass es ein höheres Kriterium gibt, das über die Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit privatautonomer Akte entscheidet.

Noch in einer dritten Richtung offenbart das Selbstbestimmungskonzept als monistische Zurechnungslehre Unzulänglichkeiten: Wissenschaft und Rechtsprechung der neueren Zeit haben nämlich übereinstimmend anerkannt, dass die Parteien schon vor Vertragsschluss, bereits im Zeitpunkt des Eintrittes in Vertragsverhandlungen [15], dazu verhalten sind, nicht nur jedes treuwidrige und unloyale Verhalten zu unterlassen [16], sondern unter Umständen auch positiv den Vertragspartner in einem bestimmten Masse über Umstände aufzuklären, die geeignet sind, dessen Entscheid darüber zu beeinflussen, ob und unter welchen Bedingungen er den Vertrag abzuschliessen bereit ist. Den Vertragsparteien obliegen nach allgemeiner Auffassung bestimmte Offenbarungspflichten [17]. Wer beispielsweise erkennt oder bei Anwendung der üblichen Sorgfalt erkennen muss, dass sein Vertragspartner sich des Missverhältnisses zwischen dem Preis und dem erhofften Vorteil nicht bewusst ist, ist verpflichtet, diesen Irrtum zu beheben [18]. Der erfahrenere Verkäufer hat die unerfahrene Käuferin

[15] Die damit angesprochene Theorie der «culpa in contrahendo» geht auf den Willenstheoretiker Rudolf v. Jehring zurück, der mit ihr die als praktisch unbefriedigend empfundenen Auswirkungen der Willenstheorie mildern wollte.

[16] BGE *68* II 295ff., *77* II 136ff. Vgl. auch Jäggi, Kommentar, N 566ff. zu Art. 1 OR; Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, S. 91ff.

[17] Engel, Traité, S. 135f.; Merz, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N 270f.; Jäggi, Kommentar zu Art. 1 OR, N 576; Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 22; Gauch, a.a.O., S. 91ff.

[18] BGE *92* II 329, *68* II 295ff. Im letzten Entscheid spricht das Bundesgericht von einer «schon zu Beginn der Vertragsverhandlung erwachsenden Pflicht zur gegenseitig richtigen Aufklärung», die allerdings voraussetze, dass es sich um Punkte handle, welche die Gegenpartei nicht kannte noch zu kennen verpflichtet war. Vgl. auch ZR *54* (1955) 364 und Gauch, a.a.O., S. 92.

über die Bedeutung des Terminus «second-hand» ungefragt aufzuklären[19]. Wer die Mietzinse eines Kaufobjektes mitteilt, darf das Fehlen einer behördlichen Genehmigung nicht verschweigen[20]. Diese Aufklärungs- oder Offenbarungsobliegenheiten erlangen vor allem dann Bedeutung, wenn die Parteien nicht gleich stark sind, besonders dann, wenn die eine Partei der andern hinsichtlich Fachwissen mit Relevanz für den Vertragsgegenstand überlegen ist oder sonst über besondere Kenntnisse verfügt[21].

Die Existenz der gegenseitigen Offenbarungspflicht lässt sich mit einer Theorie, welche im Prinzip der Selbstbestimmung das einzige Zurechnungskriterium erblickt, nicht erklären. Gerade in den Fällen, wo die Frage der Verletzung solcher Pflichten Aktualität erlangt, wird nämlich praktisch durchwegs ein Wille der betreffenden Partei fehlen, für die Erfüllung solcher Obliegenheiten einzustehen. Die den beteiligten Parteien von der Rechtsordnung auferlegten Pflichten werden normalerweise gerade dann, wo sie in concreto nicht erfüllt wurden, vom Willen des Treuwidrigen nicht getragen.

Dem Selbstbestimmungstheorem liegt ein Konzept zugrunde, das man als kausal bezeichnen könnte. Der Blick richtet sich – getreu der liberalen Skepsis gegenüber andern als formal definierten Richtigkeitskriterien – lediglich auf die von den konkreten Umständen ihres Zustandekommens weitgehend abstrahierte Willensäusserung[22]. Gerade in dieses Konzept lassen sich die hier bezeichneten Verhältnisse nicht sachgerecht integrieren. Ihnen allen ist nämlich gemeinsam, dass sie Pflichten der einen Partei begründen, berichtigend auf die Willensbildung der andern Partei einzuwirken.

Auch das im herkömmlichen Sinne verstandene Vertrauensprinzip[23] vermag hier, wie unschwer zu erkennen ist, nicht weiterzuhelfen. Das Vertrauensprinzip in diesem Sinne besagt nach einer Formulierung AUGUST EGGERS[24] bloss, dass nicht das, was der Erklärende bei seiner rechtsgeschäftlichen Äusserung gedacht und gewollt haben mag, sondern jene Vorstellung Geltung haben soll, die er mit seiner Erklärung beim andern erweckt.

Die der Vertrauenstheorie zugrunde liegende Problemstellung ist daher von der hier diskutierten Sachlage verschieden. Die Vertrauenstheorie erteilt eine Antwort darauf, wer bei einem Abweichen des Willens von der Erklärung geschützt werden soll. Es geht ihr um den Schutz des Erklärungsempfängers. Bei den hier angesprochenen Aufklärungs- und Offenbarungspflichten handelt es

19 Zürcher Obergericht, in ZR *61* (1962) 50.
20 BGE *81* II 209.
21 ENGEL, Traité, S. 136.
22 KLIEGE, Rechtsprobleme der AGB, S. 100. BAUER, a. a. O., S. 23.
23 MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, S. 109: «Das Vertrauensprinzip gründet auf dem Gedanken der Verantwortlichkeit: Jeder Kontrahend ist verantwortlich für sein Wort; der andere soll auf die Äusserung vertrauen dürfen.» Vgl. dazu auch TITZE, Die Lehre vom Missverständnis, S. 85.
24 EGGER, Rechtsethik, S. 113ff.

sich demgegenüber um Obliegenheiten nicht der erklärenden Partei, sondern des Empfängers der Willensäusserung. Seine Pflicht geht dahin, die Willensbildung des Erklärenden im Sinne eines objektiv richtigen Ergebnisses zu fördern.

II. Die vertragliche Richtigkeitsgewähr als ergänzendes Zurechnungsmoment

A. Wesen der vertraglichen Richtigkeitsgewähr

Die aufgezeigten Schwierigkeiten der monistischen Theorie, bestimmte die Vertragsparteien treffende Verhaltenspflichten auf dogmatisch einwandfreie Weise in ein Zurechnungssystem zu integrieren und den Geltungsbereich der Privatautonomie zu bestimmen, lassen sich durch die von SCHMIDT-RIMPLER[25] entwickelte Richtigkeitstheorie meistern. Ganz anders als das Selbstbestimmungstheorem, das, wie gesehen, die Privatautonomie als einzigen Zurechnungsgrund betrachtet, bezieht die Richtigkeitstheorie nämlich die soziale Funktion des Vertrages und die Gewähr ihrer Erfüllung in die Überlegungen zu seinem Geltungsgrund mit ein. Ohne den Wert der Selbstbestimmung und seine Anerkennung durch die Rechtsordnung zu leugnen, weist SCHMIDT-RIMPLER darauf hin, dass das Recht als eine auf Gerechtigkeit gerichtete Ordnung den Vertrag als Mittel zur Gestaltung sozialer Verhältnisse nur deshalb anerkennen kann, weil dieser sich innerhalb gewisser, genau definierbarer Grenzen dazu eignet, sachlich richtige Ergebnisse herbeizuführen. Wenn nämlich der Vertrag normalerweise zu inhaltlich unangemessener, ungerechter Regelung der Lebensverhältnisse führen würde, könnte er nicht um der Freiheit der Persönlichkeit willen zur Herstellung einer richtigen, d.h. auf Gerechtigkeit gerichteten Ordnung anerkannt werden[26].

Das der – inzwischen berühmt gewordenen – ersten Untersuchung SCHMIDT-RIMPLERS zugrunde liegende rechtstheoretische und rechtsdogmatische Anlie-

[25] SCHMIDT-RIMPLER, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechtes, AcP *147* (1941) 130ff. Der Titel erklärt sich aus den damaligen Zeitumständen und sollte nicht über die Aktualität der in der Untersuchung ausgesprochenen Gedanken hinwegtäuschen. SCHMIDT-RIMPLER hat seine Auffassungen in zwei weiteren Aufsätzen präzisiert und verdeutlicht: Zum Problem der Geschäftsgrundlage, Festschrift Nipperdey, Bd. 1, S. 1ff.; Zum Vertragsproblem, in Festschrift L. Raiser zum 70. Geburtstag. Zur Frage der vertraglichen Richtigkeitsgewähr auch: REINHARDT, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrag, Festschrift Schmidt-Rimpler, S. 115ff.; BYDLINSKI, Privatautonomie, S. 62ff.; RAISER, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, S. 117ff.; SCHLÜNDER, Vereinbarte AGB, S. 89ff.; SCHLOSSER/GRABA, AGBG, Vorb. zu §§ 9–11, N 2.

[26] SCHMIDT-RIMPLER, Vertragsproblem, S. 22. Dem entspricht auch die von LARENZ vertretene Begründung der Vertragsfreiheit: LARENZ, Schuldrecht I, S. 45ff. Vgl. auch KRAMER, Krise, S. 35. HAUSHEER, Allgemeinverbindlicherklärung, ZSR *95* (1976) 261; MERZ, Privatautonomie, S. 6; BAUER, Schutz vor AGB, S. 21ff.; KLIEGE, AGB, S. 100.

gen bestand in der Frage, wie der Vertrag als Mittel einer gerechten Ordnung möglich sei, obschon bei ihm die Rechtsfolge an den durch partikuläre Interessen bestimmten Willen der Beteiligten anknüpft. Es ging ihm mit anderen Worten darum, zu klären, inwiefern der Vertragsmechanismus in einem beschränkten Bereiche die inhaltliche Richtigkeit[27] der getroffenen Ordnung zu verbürgen vermöge und sich dadurch zur rechtlichen Regelung des Soziallebens eigne.

Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass SCHMIDT-RIMPLER den Richtigkeitsbegriff weiter fasst, als man zunächst vermuten möchte: Richtig ist nach ihm nicht nur das, was der «Gerechtigkeit» entspricht, sondern auch das, was von der Rechtsgemeinschaft aus gesehen als zweckmässig und zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit geboten ist. Immerhin kommt bei ihm dem Prinzip der Gerechtigkeit gegenüber den «technischen» Richtigkeitsprinzipien der Zweckmässigkeit und der Verkehrssicherheit insofern Priorität zu, als das Zweckmässige nur dann richtig ist, wenn es der Gerechtigkeit nicht widerspricht[28].

SCHMIDT-RIMPLER findet die Antwort auf die von ihm gestellte Frage in der spezifischen Funktion des Vertragsmechanismus. Er geht von der unbedenklich zu bejahenden Prämisse aus, dass die Tatsache, dass eine für ihn günstige Folge von einem einzelnen gewollt ist, für sich allein noch keinerlei Gewähr für ihre rechtliche Richtigkeit bietet. Der einzelne wird nämlich bei seinem unmittelbaren Wollen meist seinen eigenen Vorteil im Auge haben und den Belangen seines Partners wenig Rechnung tragen[29].

Nur schwach ist die Gewährleistung der Adäquanz, wenn die Rechtsfolge dem Wollenden ungünstig ist. Dieser wird nämlich geneigt sein, nur geringere Nachteile für sich in Kauf zu nehmen, als es die Richtigkeit erfordert. Die Gerechtigkeit der Rechtsfolge wird erst erreicht durch die Konfrontation der gegensätzlich gelagerten Interessen. Jeder der Beteiligten prüft nämlich die Rechtsfolge des Vertrages – primär freilich sein eigenes Interesse verfolgend –, ob sie nicht zu seinem Nachteil eine Ungerechtigkeit enthalte. Jeder der Partner wird die Rechtsfolgen ablehnen, die ihm zu seinen Ungunsten unrichtig erscheinen. Da beide Vertragspartner im Vertrage sich einigen müssen, werden die Rechtsfolgen mit grosser Wahrscheinlichkeit für keine der Parteien nach ihrer Wertung ungerecht sein. Jedes egoistisch bedingte unrichtige Wollen wird derart durch den Vertragsmechanismus paralysiert.

Es zeigt sich somit, dass nach SCHMIDT-RIMPLERS Theorie die vertragliche Richtigkeit nur formell, nicht inhaltlich bestimmt wird. Der Vertragsmechanis-

[27] Vgl. dazu v. BÜREN, OR Allg. Teil, S. 109: «...auch der Staat verfolgt seine Ziele, und die Rechtsindividuen dürften niemals verlangen, dass ihnen der Staat seine Exekutionsbehelfe für die Durchsetzung von Abmachungen zur Verfügung hält, die gegen seine eigenen Zwecke, Ideen, Wertungen in einer entscheidenden Weise verstossen.» BAUER, a. a. O., S. 21.

[28] SCHMIDT-RIMPLER, Grundfragen, S. 132f.; Vertragsproblem, S. 10.

[29] SCHMIDT-RIMPLER, Grundfragen, S. 151.

mus soll materielle Richtigkeit der vertraglichen Rechtsfolge mit formalen Mitteln erreichen. Darin unterscheidet sich diese Lehre von dem naturrechtlichen Postulat des «gerechten Preises» und von der heute noch in den §§ 934f. ABGB erhaltenen «laesio enormis», der Verletzung über die Hälfte. Nach SCHMIDT-RIMPLER soll denn auch die von den Parteien vertraglich bestimmte Rechtsfolge auf ihre inhaltliche Angemessenheit nicht mehr überprüft werden [30].

Der Vertragsmechanismus kann eine Richtigkeitsgewähr allerdings nur dann entfalten, wenn bestimmte Randbedingungen erfüllt sind. Beide Parteien müssen als Minimalvoraussetzung einen «unrichtigen» Rechtsfolgewillen des andern ablehnen können [31]. Daraus folgt zweierlei: Erstens müssen beide Beteiligten in der Lage sein, auf den Abschluss des Vertrages überhaupt zu verzichten. Ein Verzicht auf die von der Gegenpartei angebotene Leistung muss jeder der Parteien zumutbar sein [32]. Zweitens – und dies ist besonders für den Gegenstand unserer Untersuchung von massgebender Bedeutung – müssen beide Parteien ihren Rechtsfolgewillen in einer Weise ausdrücken [33], die die Kenntnisnahme durch die andere Partei nicht nur zumutbar, sondern wahrscheinlich macht. Die Folgen, die sich aus dieser Voraussetzung für das Funktionieren des Vertrages als Mittel einer sozial richtigen Gestaltung der Rechtsbeziehungen ergeben, werden weiter unten zu besprechen sein.

B. Die Bedeutung der Richtigkeitstheorie

1. Die Bedeutung der Richtigkeitstheorie für die Zurechnung überhaupt

Als für unsere Belange wesentlichster Gedanke des Richtigkeitstheorems bleibt hervorzuheben, dass die Anerkennung der Freiheit der Persönlichkeit, der Privatautonomie mithin, zwar mit ein Motiv, aber nicht alleinige Grundlage bildet für die gesetzgeberische Entscheidung, übereinstimmende Willenserklärungen den Beteiligten grundsätzlich zuzurechnen.

Das Obligationenrecht ist, wie MERZ [34] hervorhebt, «nach seiner Hauptfunk-

[30] SCHMIDT-RIMPLER, Vertragsproblem, S. 15.

[31] SCHMIDT-RIMPLER bezeichnet dies als negative Richtigkeitsgewähr: Vertragsproblem, S. 6. Vgl. auch BAUER, a. a. O., S. 24.

[32] MANFRED WOLF, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 138ff. WOLF fasst die Anforderungen an die vertragliche Richtigkeit allerdings enger als SCHMIDT-RIMPLER: Bei ihm genügt bereits die «Chance», dass der Vertrag zu richtigen Folgen führe. SCHMIDT-RIMPLER verlangt demgegenüber zu Recht eine «Wahrscheinlichkeit» eines richtigen Ergebnisses. Vertragsproblem, S. 12.

[33] Aus der Botschaft zur Revision des Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertragsrechtes, BBl *1960* I 535: «Der Kunde zediert (bei im voraus typisierten Verträgen) häufig seinen Lohn, verzichtet auf Einreden gegenüber dem Abzahlungsgläubiger, unterzeichnet Gerichtsstandsklauseln zu seinen Lasten ... ohne dies zu bemerken.» Aus den Motiven zur Revision des Bürgerschaftsrechtes: «Man wird deshalb darauf bedacht sein müssen, das Notwendige vorzukehren, damit der Bürge sich vor Eingehung der Verpflichtung klare Rechenschaft darüber gibt, wie schwer die Last ist, die er auf sich nimmt, und wie gross die Gefahr, in die er sich begibt.» BBl *1939* I 848ff.

[34] MERZ, Massenvertrag und AGB, S. 137.

tion Verkehrsrecht, Recht der Güterbewegung – Bewegung als Austausch zwischen Rechtssubjekten, Gut als Tauschobjekt beliebiger Art verstanden». Der Vertrag ist somit Instrument des Güterumsatzes. In einer grundsätzlich marktwirtschaftlich orientierten Gesellschaft mit entwickelter Arbeitsteilung ist es schon aus ordnungspolitischen Erwägungen absolut unerlässlich, dass der Güteraustausch sich einigermassen rational vollzieht. Von da her gesehen, gehört zur Grundlage der staatlichen Sanktionierung von Verträgen wesentlich die Wahrscheinlichkeit, dass die Parteien dank des Vertragsmechanismus eine zwar nicht mit «objektiven» Gerechtigkeitsvorstellungen übereinstimmende, aber doch das gesamtwirtschaftliche Kräfteverhältnis in etwa widerspiegelnde, ihm kongruente Rechtsfolge festlegen.

Raiser hat der Richtigkeitstheorie entgegengehalten, diese gehe «über den auch von Schmidt-Rimpler für irreal erklärten Glauben des frühen Liberalismus an eine sich aus dem Zusammenwirken aller Egoismen ergebende Harmonie hinaus, da er schon aus dem Ausgleich zweier Egoismen ein richtiges Ergebnis»[35] erwarte. Selbstverständlich wird man heute nicht mehr naiv annehmen, der freie Tausch unter freien Rechtsgenossen verbürge gleichsam automatisch, im Sinne einer prästabilierten Harmonie, ein Höchstmass an Austauschgerechtigkeit in dem Sinne, dass vergleichbare Arbeitswerte ausgetauscht werden. Die durch die vertragliche Richtigkeitsgewähr verbürgte Vertragsgerechtigkeit ist denn auch enger zu verstehen: Sie bedeutet etwa «Marktadäquanz»[36]. Innerhalb gewisser Grenzen darf angenommen werden, keine der Parteien gebe mehr, als sie eben für die gleiche Leistung nach den konkreten Marktverhältnissen auch einem andern lassen müsste. Weitergehende Forderungen dürfen an das Vertragsinstitut nicht gestellt werden. Die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die vertragliche Richtigkeitsgewähr ihre Wirkung optimal zu entfalten vermag, ist – oder wäre – Sache der Wirtschaftspolitik.

Die Schmidt-Rimplersche Theorie ebnet den Weg zu einer funktionalen Erfassung der Vertragsfreiheit[37]. Von ihr aus lassen sich die ideologischen und vor allem die wirtschaftlichen Voraussetzungen des Vertragsinstitutes in die dogmatischen Überlegungen einbeziehen. Der Selbstbestimmungsmonismus übersieht nämlich, dass der Vertrag – wie jede andere rechtliche Institution – seinen konkreten historischen Standort hat, dass auch er von bestimmten politisch-ge-

[35] Raiser, Vertragsfunktion, S. 118.

[36] Hausheer, a.a.O., S. 236.

[37] Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 69: «Schmidt-Rimplers Verdienst liegt ... darin, dass er den Funktionszusammenhang zwischen dem vertraglichen Einigungsprozess und dem vertraglichen Interessenausgleich deutlich gemacht und die Eignung des vertraglichen Einigungsprozesses für diese Aufgabe nachgewiesen hat.» Vgl. auch Kramer, Krise, S. 35: «Die ‚instrumentale' Auffassung, dass Vertragsfreiheit kein Wert an sich sei, sondern als Wert oder Unwert nur an ihren sozialen Folgen gemessen werden könne.»

sellschaftlichen Gegebenheiten getragen wird[38]. Wenn diese politisch-gesellschaftlichen Gegebenheiten einer Wandlung unterliegen, wenn namentlich die Verhandlungsdisparitäten[39] der an wirtschaftlicher Macht ungleichen Partner sich verschärfen oder wenn bestehende Ungleichheiten sich im allgemeinen Bewusstsein stärker aktualisieren[40], ist besonders zu prüfen, ob dies nicht auch Folgen für die Vertragstheorie mit sich bringen muss[41].

2. Die Bedeutung der Richtigkeitstheorie für die Zurechnung vertraglicher Rechtsfolgen, die sich nicht durch die Privatautonomie rechtfertigen lassen

Es ist eine der Aufgaben des objektiven Obligationenrechts, die Voraussetzungen zu schaffen, dass bei einer gegebenen offenen, durch die Waffenungleichheit ihrer Teilnehmer nicht allzusehr verfälschten Marktverfassung der vertragliche Richtigkeitsmechanismus sich möglichst ungestört und umfassend entfalten kann. Dazu gehört, dass beide Parteien ihre berechtigten Interessen wahrzunehmen und ungerechtfertigte Forderungen der andern abzulehnen in der Lage sind. Die Bedingungen hiefür haben Gesetzgeber und die Rechtsprechung bereits zu einem bedeutenden Teil erfüllt.

Als Beispiele für gesetzgeberische Massnahmen zur Förderung der Richtigkeitsgewähr sei auf die Bestimmungen über den wesentlichen Motivirrtum, über die Übervorteilung oder über Spiel und Wette, aber auch auf das revidierte Bürgschaftsrecht oder den Abzahlungsvertrag hingewiesen. Das revidierte Bürgschaftsrecht[42] und der Abzahlungsvertrag[43] haben zum Ziel, den Richtigkeitsgehalt der Verpflichtungserklärung des Bürgen oder des Abzahlungskäu-

[38] Raiser, Vertragsfreiheit heute, Juristenzeitung *1958* 1 ff.: «Menschliche Freiheit ist als ethischer wie als Rechtsbegriff nur fassbar im Blick auf die natürlichen und geschichtlichen Gegebenheiten, die sie eingrenzen und denen gegenüber sie sich behaupten soll.» Vgl. auch Bauer, Schutz vor AGB, S. 21 f.

[39] Zum sozialen Bezugsrahmen der individualistischen Vertragsrechtskonzeption: Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, S. 5 ff.: «Das Schuldrecht als Herzstück des BGB spiegelt präzise die Absicht des in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts zur wirtschaftlichen Macht gelangten Bürgertums wieder, sich für die Gestaltung seiner ökonomischen Verhältnisse einen autonomen Bereich zu sichern, um dadurch das gerade Erkämpfte zu bewahren und zugleich als Basis für wirtschaftliches Wachstum und politische Einflussnahme ausbauen zu können.» Diese auf das BGB gemünzten Überlegungen scheinen mir auch für das als sozialer gerühmte OR Gültigkeit beanspruchen zu dürfen.

[40] Esser-Schmidt, a. a. O., S. 4: «Die ökonomische und politische Emanzipation der breitesten Konsumentenschichten und namentlich der Arbeiterschaft hat zu einer Verschiebung des gesellschaftlichen Interesses an einem gerechteren oder doch korrekteren Umsatzsystem geführt.»

[41] Etwas emphatisch Kramer, Krise, S. 41 f.: Es geht darum, «in den privatrechtlichen Basisideen und dabei besonders im Vertragsrecht ein noch lange nicht ausgeschöpftes emanzipatorisches Potential, ein beispielhaftes Modell der Institutionalisierung herrschaftsfreier, radikal-demokratischer Koordination im Sinne der revolutionären bürgerlichen Idee von Freiheit und Gleichheit» zu erkennen.

[42] Namentlich die erschwerten Formvoraussetzungen.

[43] Namentlich die Befugnis des Abzahlungskäufers, innert fünf Tagen nach Erhalt der beidseitig unterzeichneten Vertragsurkunde vom Vertrag zurückzutreten. Art. 226c OR.

fers zu sichern. Beim wesentlichen Motivirrtum[44] und bei der Übervorteilung sowie bei der Ordnung von Spiel und Wette werden in Abweichung vom Grundsatz der Privatautonomie Ausnahmen von der grundsätzlichen Sanktionierung übereinstimmender Willenserklärungen gemacht. Diese Ausnahmen lassen sich nur durch die Erwägung rechtfertigen, dass in jenen Fällen die Richtigkeit der vereinbarten Rechtsfolgen trotz kongruierender privatautonomer Akte nicht als gewährleistet erscheint.

Als Beispiel für Vorkehren, die die Rechtsprechung zur Förderung des vertraglichen Richtigkeitsmechanismus entwickelt hat, kann auf die oben[45] beschriebenen Aufklärungs- und Offenbarungsobliegenheiten hingewiesen werden, die die Parteien beim Abschluss des Vertrages binden. Sie können, wie gezeigt, durch den Grundsatz der Selbstbestimmung den Parteien nicht zugerechnet werden. Hingegen lassen sie sich durch die hier vorgeschlagene dualistische Zurechnungstheorie, die auch den Gedanken der Vertragsfunktion als Zurechnungsmoment herausarbeitet, ohne Schwierigkeiten verstehen. Wenn nämlich der Gesetzgeber den Vertrag als Mittel wählt, einen Teilbereich des sozialen Lebens sachadäquat zu organisieren, dann kann nicht zugelassen werden, dass eine der Parteien die durch den Vertragsmechanismus verbürgte Richtigkeitsgewähr lähmt. Vielmehr ist dann, wenn der einen Partei aus der grösseren Sachkenntnis und der kaufmännischen Überlegenheit der andern Gefahren erwachsen, jene zu verpflichten, unter Umständen ausgleichend und berichtigend auf die Willensbildung ihres Partners einzuwirken.

§ 19 Mangelnde Richtigkeitsgewähr bei AGB-Verträgen

Es geht im folgenden darum, abzuklären, inwieweit der vertragliche Richtigkeitsmechanismus bei Verträgen spielt, die auf der Grundlage von AGB zustande kommen, und in welchem Umfang dabei der Schutz beider Parteien vor unrichtigen Rechtsfolgen gewährleistet ist. Die Frage ist zunächst eine rein faktische, der Idee nach empirische. Gegenstand besonderer Erörterungen wird es später sein, ob aus dem gewonnenen Ergebnis im Hinblick auf die Verteilung der aus dem allfälligen Fehlen der Richtigkeitsgewähr sich ergebenden Lasten besondere normative Schlüsse gezogen werden müssen.

Bei näherer Betrachtung weist das gestellte Problem zwei Teilaspekte auf: Ist erstens die Aufnahme des Geschäftswillens in die AGB als Willensäusserung

[44] Da hier die vertragliche Richtigkeitsgewähr fehlt, ordnet das Gesetz selber (hoheitliche Richtigkeitsgewähr) eine Rechtsfolge an: Schadenersatz gemäss Art. 26 OR.
[45] Oben, S. 130f.

des Verwenders zu betrachten, deren Kenntnisnahme seitens des Kunden[1] als hinreichend gesichert angesehen werden kann[2]? Alsdann: Ist der Kunde in der Lage, einen vom Verwender geäusserten unrichtigen Rechtsfolgewillen abzuwehren[3]?

Was die zweite Funktionsbedingung des Richtigkeitsmechanismus angeht, so hat man m. E. in der bisherigen Diskussion zuwenig auf den Zusammenhang zwischen der fehlenden Gewährleistung der Kenntnisnahme der AGB-Inhalte einerseits und der Möglichkeit des Adherenten, unbillige Klauseln abzulehnen, anderseits hingewiesen. Es wird in der Literatur regelmässig betont, dass der Verwender im allgemeinen den Abschluss des Einzelvertrages von der Annahme seiner Bedingungen abhängig machen werde[4] und dass der Kunde normalerweise auch zu den von ihm als unangemessen erkannten Bedingungen zustimmen müsse, um in den Genuss der von der Gegenpartei offerierten Leistung zu gelangen[5]. Wohl zu Recht wird hervorgehoben, dass es an einem wirksamen Wettbewerb in bezug auf AGB auch heute noch weitgehend fehle[6]. Dem Kunden bleibe in solchen Fällen bloss die Alternative des «take-it-or-leave-it»[7]. Die Gestaltungsfreiheit werde vom Verwender ausschliesslich für sich allein beansprucht[8].

Diese Beobachtungen mögen sich weithin mit der Wirklichkeit decken. Immerhin zeigen andersgeartete Einzelfälle aus der neuesten Zeit, dass es sich hier nicht unbedingt um eine unverrückbare Gesetzmässigkeit handeln muss. Im Automobilhandel beispielsweise scheinen die Verwender das akquisitorische Potential kundenfreundlicher AGB inzwischen entdeckt zu haben. Mängelgarantien, die über die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen hinausgehen, stellen in dieser Branche heute keine Ausnahme mehr dar. Aber als Grundsatz dürfte die beschriebene, in der Literatur durchwegs vertretene Auffassung nach wie vor richtig sein. Wichtig scheint mir aber, den Zusammenhang zwischen dem Fehlen eines Wettbewerbes in bezug auf AGB und der besondern

[1] Aus der spezifischen Problemlage der AGB ergibt sich, dass Unrichtigkeiten nur zu Lasten des Kunden gehen können. Nach dem SCHMIDT-RIMPLERschen Richtigkeitsmodell hätte demnach er ein ungerechtes Ansinnen seines Partners abzuwehren. Die Rolle des Verwenders kann hier insoweit vernachlässigt werden.

[2] Vgl. oben, S. 133f.

[3] Vgl. oben, S. 133f.

[4] WOLF, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 15; HAUSS, Länderbericht Deutschland, S. 7. BAUER, a. a. O., S. 6, 24ff.

[5] MERZ, Massenvertrag und AGB, S. 154ff.; STOCKAR, Richterliche Korrektur, S. 12; HUHN, AGB, S. 19.

[6] KLIEGE, Rechtsprobleme, S. 27f.: «Ein Blick in die Wirtschaftspraxis zeigt jedoch, dass auch in Geschäftszweigen mit starkem Wettbewerb harte Geschäftsbedingungen aufgestellt werden.»

[7] LEWELLYN, 52, Harvard Law Review 701; MERZ, Contrôle, S. 194; ETTER, Sammeldepot, S. 104.

[8] Dazu WOLF, a. a. O., S. 35; OFTINGER, Die Vertragsfreiheit, S. 329f.; SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 6; BAUER, a. a. O., S. 26.

hier zur Anwendung gelangenden Vertragsschlusstechnik hervorzuheben. Gerade die von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung bedenkenlos sanktionierte Ansicht, wonach auch global vereinbarte unbillige AGB-Inhalte dem Kunden grundsätzlich vollumfänglich zuzurechnen seien, ist m. E. dafür verantwortlich zu machen, dass die Weigerung des Kunden, sich derartigen AGB zu unterziehen, vereinzelt und daher marktunwirksam bleibt. Wären die Verwender verpflichtet, auf derartige Benachteiligungen ihrer Vertragspartner hinzuweisen, und würde ein solcher Hinweis als Geltungsvoraussetzung einseitiger Klauseln anerkannt, so ergäbe sich eine dem Individualvertrag ähnlichere Situation. Es wäre dann nicht unwahrscheinlich, dass die mit einem solchen Hinweis verbundenen Abschreckungseffekte derart grosse Wettbewerbsnachteile zur Folge hätten, dass die durch einseitige Bedingungen erzielten Kostenvorteile dadurch egalisiert würden.

Als Fazit lässt sich somit sagen, dass die Richtigkeit der Rechtsfolge bei Verträgen, die auf der Grundlage von AGB abgeschlossen werden, regelmässig nicht gewährleistet ist. Ein gemeinsames Handeln der Vertragsparteien auf ein richtiges Ergebnis hin scheitert regelmässig bereits daran, dass der Kunde vom Inhalt der Bedingungen keine Kenntnis nimmt. Verhält es sich im Einzelfall anders, erkennt der Kunde die Unbilligkeit des ihm zugemuteten Vertragsinhaltes und ringt er sich dazu durch, dagegen zu protestieren, so stellt er eine Ausnahme dar, weshalb der Verwender auf seine Sonderbedürfnisse nicht eingehen wird.

§ 20 Verminderte Privatautonomie bei Verträgen unter Einbeziehung von AGB

Wenden wir uns nach der Diskussion der unter dem Gesichtspunkt der vertraglichen Richtigkeit sich ergebenden Problematik von AGB-Verträgen nun der Untersuchung der Frage zu, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmasse AGB für sich in Anspruch nehmen können, an die Privatautonomie der durch den Einbeziehungsvertrag verbundenen Rechtssubjekte anzuknüpfen. Insbesondere soll uns hier auch die These beschäftigen, AGB – wiewohl inhaltlich der einen Partei zumeist unbekannt – könnten grundsätzlich wie jede andere ungelesen unterzeichnete Urkunde die Rechtfertigung durch den Gedanken der Privatautonomie für sich beanspruchen, da es doch der Kunde selbst in der Hand habe, sich vor Abschluss des Vertrages vom Inhalt der Bedingungen Kenntnis zu verschaffen [1].

[1] Vgl. etwa BGE 69 II 238f.; MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N 176; RIPERT: «Quand il fait cet acte de volonté, l'adhérent est courbé devant l'impétieuse nécessité de contracter. C'est une mauvaise plaisanterie de lui dire: tu as voulu.» La règle morale dans les obligations civiles, S. 99.

Nach FLUME[2] zeichnen sich die AGB im Gegenteil gerade dadurch aus, dass ihnen die Legitimation durch die Privatautonomie – verstanden als die Anerkennung der Selbstbestimmung des einzelnen in der Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse[3] – überhaupt vollständig fehlt. Von Privatautonomie könne auch dort nicht die Rede sein, wo die Verweisung von der vertraglichen Vereinbarung getragen wird[4]. FLUME leitet diesen Schluss aus dem bereits mehrfach beschriebenen Umstand her, dass der Verwender sich auf eine Diskussion dieser Bedingungen gar nicht einlässt und dass sein Vertragspartner sich nicht der Mühe unterzieht, ihren Inhalt zu prüfen und ihn als Regelung des Vertragsverhältnisses zu billigen oder zu ändern. Für diese Geschäfte sei es typisch, dass die vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien sich überhaupt nur auf die «Verweisung», nicht aber auf den Inhalt beziehe. Wer daher die AGB in den Vertrag einführe, setze die Regelung allein. Durch die Verweisung werde er geradezu zur einseitigen Regelung ermächtigt. Insoweit liege ein dem § 315 BGB gleichartiger Fall vor[5].

Die Gewährleistung der vertraglichen Richtigkeit und damit des gerechten vertraglichen Interessenausgleichs steht und fällt damit, ob der Kunde den Inhalt der AGB zur Kenntnis nimmt und ob es ihm gelingt, die Rechtsstellung, die sie ihm verschaffen, richtig einzuschätzen. Inhaltliche Kenntnisnahme bildet schlechterdings Voraussetzung dafür, dass Unangemessenheiten des Rechtsfolgewillens der Gegenpartei erkannt werden. Fehlt sie, so stellen sich die Fragen nach den Ausweichsmöglichkeiten des Kunden auf andere Anbieter und nach der Zumutbarkeit eines Verzichtes auf die vertragliche Leistung des Partners gar nicht.

Hier fällt nun rechtsdogmatisch ins Gewicht, dass der Kampf um die bessere rechtliche Position im Anwendungsbereich der AGB nicht mit offenem Visier ausgetragen wird[6]. Zunächst besteht – ceterum censeo – eine weitverbreitete Tendenz nicht nur des grossen Publikums, sondern auch geschäftserfahrener Kaufleute, vorgedruckte Bestimmungen aus Gleichgültigkeit und Geringschätzung der Bedeutung «juristischer Formalitäten» unbesehen und ungelesen zu akzeptieren[7]. Diese sachwidrige Haltung wird durch die Verwender oft noch

[2] FLUME, Festschrift, a.a.O., S. 165ff.; *ders.*, in Rechtsgeschäft, S. 610f. und S. 668; ähnlich BAUER, a.a.O., S. 28.

[3] FLUME, Festschrift, S. 145.

[4] Zur Wissen-Müssen-Rechtsprechung vgl. oben, S. 87ff.

[5] § 315 I BGB: Soll die Leistung durch einen der Vertragschliessenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.

[6] RAISER, AGB, S. 21f; ETTER, Sammeldepot, S. 105.

[7] Davon, dass dies bereits das beherrschende Bild in der Praxis des alten Bürgschaftsrechtes war, gibt beredtes Zeugnis: W. STAUFFER, ZSR *54* 511aff.: «Der Bürge, der sehr oft mechanisch unterschreibt, was ihm gedruckt vorgelegt wird, ahnt wohl nur in den seltensten Fällen, in welchem Masse er die gesetzlichen Schutzrechte preisgibt... Glauben Sie, dass auch nur 2% aller Bürgen eine Ahnung haben, was sie hier unterschreiben? ... Dass die heutige Rechtsordnung seine unbewusste

gefördert mit dem Hinweis, es handle sich bei der Unterzeichnung des AGB-Formulares um etwas «rein Formelles».

Zu der Gleichgültigkeit und Unbekümmertheit des Kunden[8] kommt hinzu, dass die für den Laien unverständlich formulierten Bedingungen und die oft schwere Durchschaubarkeit ihres Zusammenspiels[9] verhindern, dass der Kunde ihre Tragweite und Gefährlichkeit voll erkennt. Insoweit mag es gerechtfertigt sein, mit HAUSS[10] von einer psychologischen und intellektuellen Unterlegenheit des Kunden im Gegensatz zu seiner wirtschaftlichen Unterlegenheit zu sprechen.

Man kann sich fragen, ob FLUMES Sicht einer kritischen Prüfung standhält. Der Umstand, dass die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages der einen Partei entzogen bleibt, ist nämlich keine singuläre, auf den Anwendungsbereich der AGB beschränkte Erscheinung. Tatsächlich verhält es sich so, dass diese Situation heute über weiteste Strecken der vertraglichen Regelung des Soziallebens den Normalfall darstellt. Es bildet in unserer heutigen Gesellschaft, die ihre Produkte und Dienstleistungen in Massen auf dem Markt umsetzt, den Regel- und nicht den Ausnahmefall, dass der Käufer, Mieter, Arbeitnehmer und der Besteller eines Werkes sich einer Reihe inhaltlich unterschiedlicher Vertragsofferten verschiedener Anbieter gegenübergestellt sieht, unter denen er nur noch wählen kann, auf deren Inhalt Einfluss auszuüben er jedoch nicht in der Lage ist. Der Preis, der früher auf dem lokalen Markt der handwerklichen Produktion von Zufälligkeiten und vom Verhandlungsgeschick beider am Vertrag Beteiligten abhängig war, gestaltet sich heute praktisch unabhängig vom einzelnen Kunden. Trotzdem wird man die Ausübung von Privatautonomie beim Vertragsabschluss wenigstens dann nicht leugnen, wenn der Kunde unter mehreren Angeboten auswählen kann und es ihm nicht gerade um die Befriedigung lebensnotwendiger Bedürfnisse geht. Das gleiche muss auch für die AGB gelten: Bloss daraus, dass dem Kunden die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Gestaltung ihres Inhaltes fehlt, wird man nicht herleiten können, dass ihm die Ausübung der Selbstbestimmung überhaupt verwehrt ist[11].

Selbstfesselung schützt, wirkt in hohem Masse stossend.» Vgl. auch BGH in Juristenzeitung *1973* 91: Es «werden in aller Regel die AGB von demjenigen, der sich ihnen unterwirft, weder vor dem Vertragsschluss noch nachher gelesen, so dass ihr Inhalt dem Vertragspartner, solange die Geschäftsbeziehungen normal verlaufen, nicht bekannt sind.»

[8] Vgl. auch SCHREIBER, NJW *1967* 1441; LINTZ, Wertpapier-Mitteilungen *1965* 30; BAUER, Schutz vor AGB, S. 15ff.

[9] Vgl. oben, S. 19ff.

[10] HAUSS, Länderbericht Deutschland, S. 14; REHBINDER, AGB und die Kontrolle ihres Inhaltes, S. 42; WOLF, Juristenzeitung *1973* 93. RAISER, Richterliche Kontrolle von AGB, S. 137.

[11] Ebenso: BYDLINSKI, Privatautonomie, S. 117; SCHMIDT-SALZER, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 36ff.; SAVIGNY, System III, S. 102: «Mit den spekulativen Schwierigkeiten des Freiheitsbegriffs haben wir im Rechtsgebiet nichts zu schaffen; uns berührt bloss die Freiheit in der Erscheinung, das heisst die Fähigkeit, unter mehreren denkbaren Entschlüssen eine Wahl zu treffen.»

Hingegen gilt zweifelsohne, dass der Kunde in der Wahrnehmung seiner Privatautonomie wesentlich behindert ist. Die Vertragsfreiheit, die im Vollsinne ihres Begriffes auch die Gestaltungsfreiheit mitumfasst [12], reduziert sich hier für ihn konkret auf die Abschluss- und die Partnerwahlfreiheit [13]. Ganz ausgeschaltet wird sie jedoch nicht. Wir haben es daher «bloss» mit einer, wenn auch überaus gravierenden Einschränkung, nicht aber mit einer Aufhebung der Vertragsfreiheit und damit der Privatautonomie des Kunden zu tun.

Auch das zweite von FLUME angeführte Moment, aus dem sich die Ausschaltung der Privatautonomie des Kunden hinsichtlich des Inhaltes der AGB ergeben soll, vermag den gezogenen Schluss nicht zu rechtfertigen. Da sich der Kunde meist keine Vorstellung vom Inhalt der Bestimmungen verschafft, ist es zwar gewiss richtig, dass das kognitive Element des Konsenses der Parteien sich bloss auf die Verweisung und nicht auch auf die konkreten durch die AGB normierten Rechtsfolgen bezieht [14]. Dennoch braucht den nunmehr einseitig gestalteten und ohne inhaltliche Kenntnisnahme durch den Kunden zum Vertragsinhalt erhobenen AGB die Rechtfertigung durch die Privatautonomie nicht vollständig zu fehlen. Jeder Vertragspartner kann nämlich sowohl nach deutschem [15] wie auch nach schweizerischem [16] Recht in eine Rechtsfolge einwilligen, deren Inhalt er nicht kennt [17]. Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrages bildet lediglich, dass die Parteien für die Ergänzung unvollständig geregelter Hauptpunkte [18] einen Bestimmungsmodus bereitstellen. So kann die Konkretisierung der Leistung innerhalb der von Art. 27 Abs. 2 ZGB gesetzten Schranken einer der Parteien oder einem Dritten übertragen werden. Es fehlt alsdann nicht an einem Gestaltungswillen der solcherart erklärenden Partei. Dieser Gestaltungswille ist lediglich nicht substantiiert. Die vom Partner oder von einem Dritten festgelegte Rechtsfolge ist nichtsdestoweniger vom Willen des Zustimmenden mitumfasst. Sie beruht daher auch auf seiner – wenngleich mittelbaren – Selbstbestimmung. Die vom andern mit der Ausübung der Ge-

[12] OFTINGER, Die Vertragsfreiheit, S. 316.

[13] OFTINGER, Die Vertragsfreiheit, S. 328. Ebenso STOCKAR, Richterliche Kontrolle, S. 45.

[14] Oben, S. 127.

[15] Vgl.. darüber die ausführlichen Vorschriften der §§ 315 ff. BGB.

[16] Vgl. v. *Thur/Siegwart*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, S. 182; JÄGGI, Kommentar, N 83 zu Art. 1 OR. BGE *29* II 25 f.

[17] Zu Unrecht meint SCHREIBER, NJW *1967* 1441, das BGB enthalte keine Aussage darüber, ob es Willenserklärungen geben könne, deren Inhalt der Erklärende gar nicht kenne. SCHREIBER will aufgrund von «Zweck-Mittel-Relationen» die Anerkennung dieser Möglichkeit ablehnen. Das BGB regelt in den §§ 315 ff. die Frage, innerhalb welcher Grenzen die dazu ermächtigte Partei eine Leistung inhaltlich bestimmen darf. Dies setzt logisch die Zulässigkeit voraus, die Bestimmung der Leistung einer der Parteien zu überlassen. Dies wiederum bildet ein Beispiel einer Willenserklärung, deren Inhalt der Erklärende nicht kennt. SCHREIBERS Ansicht ist daher in ihrem Ausgangspunkt unzutreffend.

[18] Vorbehaltene Nebenpunkte hat, wenn unter den Parteien keine Einigung zustande kommt, der Richter nach der Natur des Geschäftes zu ergänzen: Art. 2 Abs. 2 OR.

staltungsbefugnis verbundene Heteronomie fundiert, genau besehen, auf der ursprünglichen Autonomie des nicht substantiiert Erklärenden [19].

Hingegen liegt es auf der Hand, dass der Inhalt der global als anwendbar erklärten AGB nur eine sehr schwache Anknüpfung an die Privatautonomie des Kunden aufweist [20]. Insofern kann es m. E. nicht angehen, ohne Einschränkung zu behaupten, die AGB seien von der Privatautonomie des Kunden getragen. Die bei den AGB vorliegende Besonderheit kennzeichnet sich so, dass dem Kunden Bedingungen vorgelegt werden, deren Prüfung er als unzumutbar oder als unnötig erachtet. Zumeist wäre der juristisch Ungeschulte zufolge der durch die Anzahl und die inhaltliche Komplexität der einzelnen Klauseln herbeigeführten Kompliziertheit [21] der AGB zur genauen Erfassung ihres Gehaltes auch dann nicht in der Lage, wenn er sie aufmerksam durchlesen würde. Das Fehlen der inhaltlichen Prüfung der AGB durch den Kunden ist auch für den Verwender erkennbar [22]. Es wäre daher reine Fiktion, nähme man an, sie seien gleichermassen von der Privatautonomie beider Beteiligter getragen, wie wenn sie Klausel für Klausel ausgehandelt [23] worden wären. Wenn der Kunde die einzelnen Bestimmungen nicht prüft, kommt es auch nicht zu einer echten und unmittelbaren Entscheidung über ihre Billigung oder Ablehnung. Nach SCHMIDT-SALZER [24] ist es daher «äusserst fraglich, ob die dem Vertragsrecht zugrunde liegende Vorstellung, die einzelnen Bestimmungen eines Vertrages würden vom rechtsgeschäftlichen Willen der Vertragsparteien getragen, auch hinsichtlich der AGB berechtigt» sei. Diese Frage muss sich um so gebieterischer stellen, als hier eine Vertragsabschlusstechnik [25] zur Diskussion steht, die geradezu darauf angelegt ist, mittels den AGB einen Teil des künftigen Vertragsinhaltes den Vertragsverhandlungen und der Kenntnisnahme und damit der Kontrolle durch den Kunden zu entziehen. Überdies wird der Kunde nicht durch objektive, unabwendbare und ein solches Verhalten sachlich aufdrängende Umstände veranlasst, die nähere Bestimmung des Vertragsinhaltes der anderen Partei anzuvertrauen, sondern: Der Verwender bringt bewusst ein Abschlussverfahren ins

[19] SCHMIDT-SALZER, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 56.

[20] Vgl. BYDLINSKI, Privatautonomie, S. 213.

[21] SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 6; BGHZ *60* 243 und BGH in DnotZ *1974* 559, heben den unübersehbaren und oft überraschenden Inhalt der AGB hervor. Vgl. auch OFTINGER, Betrachtungen über die laesio, S. 547.

[22] SCHMIDT-SALZER, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 64. SAVIGNY: «Die Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung [ist] nicht etwas Zufälliges, sondern ihr naturgemässes Verhältnis», System III, S. 258.

[23] NAEGELI, AGB, S. 18; OFTINGER, a. a. O., S. 547; BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, S. 56.

[24] SCHMID-SALZER, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 43.

[25] Oben, S. 7ff.

Spiel, das für den Kunden die akute Gefahr in sich birgt, ein Rechtsverhältnis zu begründen, dessen Inhalt er nicht übersieht[26].

§ 21 Ergebnis: Die Problemstellung bei der rechtsgeschäftlichen Zurechnung vereinbarter AGB

Die bisherigen Überlegungen zur Problemstellung bei der rechtsgeschäftlichen Zurechnung der vereinbarten AGB lassen insgesamt folgende Schlüsse zu:

1. Die einseitige Abfassung der AGB durch den Verwender vor der Aufnahme von Vertragsverhandlungen erschwert die Erkenntnis ihrer rechtlichen Tragweite auf seiten des Kunden. Die Unterlegenheit des Kunden gegenüber seinem Vertragspartner ist zunächst eine Unterlegenheit hinsichtlich der unterschiedlichen Voraussehbarkeit der Rechtsfolgen. Während sich der Kunde auf ein für ihn mehr oder weniger einmaliges Geschäft einlässt und es ihm infolgedessen naturgemäss schwerfällt, sämtliche rechtlichen Konsequenzen der ihm vorgelegten AGB in seine Überlegungen einzubeziehen, ist der Verwender in der Lage, das ganze Gewicht seiner Professionalität ins Spiel zu bringen. Er profitiert von seiner Erfahrung und hat überdies häufig eine kundige Rechtsberatung auf seiner Seite.

2. Infolge der Machtdisparität ist es dem Kunden regelmässig verunmöglicht, individuell auf die Gestaltung des Inhaltes der AGB Einfluss auszuüben.

3. Die besondere Technik des Vertragsschlusses auf der Grundlage von AGB hat zur Folge, dass ihr Inhalt – als etwas zum voraus Feststehendes, Gedrucktes – den Vertragsverhandlungen entzogen bleibt. Es wird beim Kunden der Eindruck erweckt, die AGB enthielten eine «objektive, unabänderliche Vertragsordnung». Dieser Eindruck wird durch die generelle und abstrakte, gesetzesähnliche Fassung noch bestärkt. Es gelingt dem Verwender auf diese Weise, Bedingungen in den Vertrag einzuführen, die bei einer individuellen Vereinbarung undenkbar wären.

4. Die besondere Abschlusstechnik, die nicht auf ein Aushandeln, sondern auf eine einseitige Regelung des Vertragsinhaltes angelegt ist, das Gefühl, das Geschriebene ohnehin nicht zu verstehen, und das Vertrauen auf die Ausgewogenheit der statuierten Regeln veranlassen den Kunden in den meisten Fällen, die AGB ohne nähere Prüfung unbesehen zu akzeptieren. Ungleich dem Nor-

[26] OLG Düsseldorf, NJW *72* 1816. Bühler bagatellisiert das Problem, wenn er in SJZ *1975* 1 ff., 3 schreibt, die Verwirklichung des von der Doktrin postulierten Schutzes des Kunden entspreche einer polizeistaatlichen Geisteshaltung und privilegiere den Verbraucher in unverhältnismässiger Weise.

maltatbestand der ungelesen unterzeichneten Urkunde, bildet die globale Verweisung auf AGB nicht eine Ausnahme, sondern den Regelfall.

5. Daraus folgt, dass lediglich die Verweisungserklärung des Kunden von seiner Selbstbestimmung unmittelbar gedeckt ist. Die Ausgestaltung des Inhaltes erfolgt demgegenüber weitestgehend heteronom durch den Verwender. Die Anknüpfung des Inhaltes der AGB an die Privatautonomie des Kunden ist daher typischerweise sehr schwach.

6. Der Selbstschutz- und Richtigkeitsmechanismus des Vertragsinstituts wird im Bereich der AGB in der Regel unterlaufen. Der Kunde fällt zumeist nicht einmal mehr eine vollgültige Entscheidung über das «take-it-or-leave-it» des ihm offerierten Vertrages, da er dessen Gehalt und Reichweite nicht abschätzen kann.

7. Der Kunde ist im Anwendungsbereich der AGB in seiner rechtsgeschäftlichen Verantwortungsfähigkeit typischerweise überfordert.

8. Es eröffnet sich uns damit im Vertragsrecht ein weiter Bereich praktisch heteronomer rechtsgeschäftlicher Normsetzung[1] bei der Festlegung der vertraglichen Nebenrechte und Nebenpflichten. Das die beidseitigen Interessen der am Vertrage Beteiligten in ausgewogener Weise berücksichtigende und normierende dispositive Gesetzesrecht wird durch private Klauselwerke praktisch in Umgehung der Selbstbestimmung des Adherenten über weite Strecken verdrängt.

9. Diese Entwicklung wird in einem wesentlichen Masse dadurch erleichtert, dass die herrschende schweizerische Gerichtspraxis das Problem der global vereinbarten AGB gleich behandelt wie den Haupttatbestand der ungelesen unterzeichneten Urkunde und sich damit der rechtlichen Erfassung der durch die AGB sich ergebenden Besonderheiten verschliesst. Indem man sich bestrebt zeigt, die hier auftretende Problematik mit dem in einem langen historischen Prozess[2] anhand des individuell ausgehandelten Vertrages entwickelten juristischen Instrumentariums zu bewältigen, wird eben gerade die Durchsetzung jener Tendenz entscheidend erleichtert, die massenhaft die Verwirklichung jener materialen Gerechtigkeitsvorstellungen verhindert, die eben diesem rechtlichen Instrumentarium Pate standen.

[1] Zum Verhältnis von vertraglicher Normsetzung als autonomer Normsetzung zur heteronomen rechtsausübenden Normsetzung: EUGEN BUCHER, Das subjektive Recht, S. 87ff.

[2] RAISER, Richterliche Kontrolle von AGB, S. 126. Zum Individualvertrag als Modell des Obligationenrechts: MERZ, Massenvertrag und AGB, S. 137f.

§ 22 Lösungsansätze

I. Ausgangslage

Den AGB ist – dies ist das bisherige Ergebnis unserer Untersuchung – das Merkmal eigen, einerseits das dispositive Recht in generell-abstrakter und tendenziell umfassender Weise abzuändern und andererseits dies in den prototypischen Fällen auf eine Art zu tun, die die inhaltliche Kontrolle durch den Kunden umgeht.

Im Schrifttum, namentlich im deutschen, sind vor allem nach dem Zweiten Weltkrieg erhebliche Bemühungen unternommen worden, eine Eingrenzung der Freiheit des Proponenten zur willkürlichen Abänderung des dispositiven Gesetzesrechtes dogmatisch zu fundieren. Die dabei herausgearbeiteten Lösungsvorschläge fanden auch in der schweizerischen Literatur Vertreter. Während indessen die deutsche und die österreichische Rechtsprechung die von der Lehre entwickelten Ansätze bereitwillig aufnahm, verhielten sich die schweizerischen Gerichte hierin wesentlich zurückhaltender. Zwar wurde zu bestimmten Einzelproblemen des Vertragsrechtes, die sich in erster Linie, aber nicht ausschliesslich, bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen stellen, eine die besondere Problemlage berücksichtigende Rechtsprechung entwickelt. Diese speziellen Grundsätze wurden indessen nicht konsequent auf das gesamte Recht der AGB ausgedehnt.

Im folgenden sollen die mannigfachen Lösungsvorschläge der deutschen und der ihr folgenden schweizerischen Lehre kurz zusammenfassend referiert werden.

II. Inhaltskontrolle aufgrund von § 138 I BGB

A. Reichsgericht

Nachdem das Reichsgericht in seiner frühesten Praxis den Inhalt der AGB unter dem Stichwort der Vertragsauslegung einer kritischen Prüfung unterzogen und auf diese Weise manchen für den Kunden einschneidenden Klauseln ihre Brisanz zu nehmen gewusst hatte, ging es im Bewusstsein des Ungenügens bloss «auslegender» Korrektur bald zur offenen Inhaltskontrolle über.

Freilich vollzog sich diese Öffnung zunächst und für geraume Zeit nur für den beschränkten Kreis der von Inhabern rechtlicher oder wirtschaftlicher Monopole aufgestellten und durchgesetzten AGB. Dies hing damit zusammen, dass man die Inhaltsgrenzen zunächst aus dem Sittenwidrigkeitsverbot von § 138 BGB [1] herleitete. Diese Bestimmung hatte jedoch in der deutschen Rechtsprechung und Lehre seit jeher eine engere Interpretation erfahren, als der entsprechende Art. 19 II OR oder § 879 ABGB [2]. Sittenwidrig war nach der damaligen deutschen Lehre nur, was den «Vorschriften der Sittlichkeit (Moral)» [3] widersprach [4]. Aufschlussreich ist hier der Beschluss des grossen Zivilsenats des Reichsgerichtes vom 13. März 1936 [5], wo der Begriff der Sittenwidrigkeit mit den folgenden Worten umschrieben wurde: «Ein Rechtsgeschäft, bei dem Leistung und Gegenleistung in auffälligem Missverhältnis zueinander stehen, die übrigen Merkmale des Wuchers aber nicht vorliegen, ist nichtig, wenn ausser dem Missverhältnis eine solche Gesinnung des die übermässigen Vorteile beanspruchenden Teils festzustellen ist, dass das Geschäft nach Inhalt, Zweck und Beweggrund gegen das gesunde Volksempfinden verstösst.»

Nach der Umschreibung des Reichsgerichtes setzte der Tatbestand der Sittenwidrigkeit demnach subjektiv eine verwerfliche Gesinnung voraus [6]. Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit einer AGB-Klausel [7] lagen demnach nur dann vor, wenn ein Monopolist seine überlegene wirtschaftliche Macht dazu missbrauchte, unbillige und unverhältnismässige Bedingungen durchzusetzen oder unter Umkehrung der vom Gesetzgeber gewollten und vom Verkehr als billig anerkannten Rechtslage sich unverhältnismässige Vorteile einzuräumen [8]. Das subjektive Element der verwerflichen Gesinnung wurde hier aus dem Missverhältnis der vertraglichen Leistung geschlossen.

Gegen diese Rechtsprechung wurden bereits von Raiser [9] gewichtige Argumente angeführt. Er vertrat die Auffassung, § 138 BGB treffe als Sanktion gegen

[1] § 138 I BGB: Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig. Dazu Hauss, Länderbericht, S. 15; Raiser, Richterliche Kontrolle von AGB, S. 136f; Bauer, Schutz vor AGB, S. 60ff.

[2] In Österreich scheint man auch heute noch für die Inhaltskontrolle von AGB mit dem Sittenwidrigkeitsverbot zurechtzukommen. § 879 ABGB verbietet nicht allein den Verstoss gegen moralische Grundsätze, sondern auch die Missachtung allgemeiner Rechtsprinzipien, wozu auch eine gewisse Äquivalenz der Rechtspositionen zu zählen ist: Bydlinski, Privatautonomie, S. 215.

[3] Vgl. v. Tuhr, Allg. Teil des BGB, § 70, bei Anm. 8 und 13.

[4] Dabei wurde mit Moral die damals herrschende Moral gemeint.

[5] RGZ 150 2ff.

[6] Hurst, a. a. O., S. 14; Kliege, a. a. O., S. 82; Lukes, Festschrift Hueck, S. 465f.

[7] Trotz einzelner Äusserungen in der Doktrin sahen die Gerichte regelmässig davon ab, bei Unsittlichkeit einer einzelnen Klausel den ganzen Vertrag als nichtig zu erklären: JW *1931* 2719; BGHZ *22* 90. Für Ungültigkeit des ganzen Vertrages: Godin, HGB-Grosskommentar, 2. Aufl. § 346, S. 58.

[8] Vgl. Zusammenstellung der Rechtsprechung in RGZ *143* 28. Der BGH schloss sich zunächst dieser Rechtsprechung an: NJW *1957* 17; LM Nr. 1 zu § 138 (cc).

[9] Raiser, AGB, S. 277ff.

Rechtsgeschäfte, die einen im Sinne der herrschenden Moral unsittlichen Erfolg zum Gegenstand haben, auf einseitige Konditionen nicht zu, da es sich hier um Geschäfte handle, deren Motiv nüchternes wirtschaftliches Ertragsstreben sei. Dann zeigte er die Schwierigkeiten auf, die sich einer genauen und sachgerechten Erfassung des Monopolbegriffes entgegenstellen. Schliesslich machte er in treffender Weise geltend, dass der Unternehmer, der auf die rechtliche Unerfahrenheit seines Kunden spekuliert, sachlich betrachtet, keineswegs schutzwürdiger ist als jener, der seine wirtschaftliche Macht ins Spiel bringt, um einen einseitigen Vertragsinhalt durchzusetzen. Letzteres erscheint in der Tat als das entscheidende Argument gegen die alleinige Anwendung des Unsittlichkeitsverbotes zur Verhinderung inhaltlich unangemessener AGB. Es trägt nämlich dem Umstand Rechnung, dass die massgeblichen Gefahren, denen der Kunde bei AGB-Verträgen ausgesetzt ist, mit der besonderen AGB-Abschlusstechnik verbunden sind: Diese Technik gerade versetzt den Verwender in die Lage – weitgehend unabhängig von seiner wirtschaftlichen Macht [10] – eine einseitig erstellte Regelung unter Umgehung des rechtsgeschäftlichen Willens des Kunden zur vertraglichen Norm zu erheben.

B. Die Anwendung auf das schweizerische Recht

Eine der soeben geschilderten früheren deutschen Praxis entsprechende Auffassung hat neuerdings STOCKAR [11] entwickelt. Er leitet die Unzulässigkeit des Haftungsausschlusses für die von Monopolisten erbrachten Leistungen aus den in Art. 100 II und 101 III OR niedergelegten Grundsätzen her. Darnach bestehen Sonderregeln für den Ausschluss von Haftungsansprüchen, die aus dem Betriebe obrigkeitlich konzessionierter Unternehmungen folgen. Gemäss Art. 100 II OR kann der Richter den zum voraus vereinbarten Ausschluss für Haftung für leichtes Verschulden obrigkeitlich konzessionierter Unternehmen als nichtig erklären. Nach Art. 101 III OR darf nur die Haftung für leichtes Verschulden des Erfüllungsgehilfen eines solchen Gewerbes wegbedungen werden. Diese beiden Vorschriften verfolgen unter anderem den Schutz dessen, der mit dem Inhaber eines durch Konzession vorliegenden Monopols kontrahieren muss [12]. Um dieses persönlichkeitsschützende [13] Moment auch bei Haftungsfällen fruchtbar machen zu können, die nicht aus dem Betriebe eines konzessionierten

[10] Vgl. oben, S. 21 f.

[11] STOCKAR, Richterliche Korrektur, S. 35 ff.

[12] BGE *79* II 239, *91* I 233; STOCKAR, a. a. O., S. 35; BECKER, Berner Kommentar, N 8 zu Art. 100 OR; v. TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil OR II, S. 119 f. In BGE *94* II 207 f. hat das Bundesgericht die Anwendbarkeit von Art. 100 II und 101 III OR auf nicht konzessionspflichtige Inhaber bloss tatsächlicher Monopole verneint.

[13] STOCKAR, a. a. O., S. 45 ff.

Gewerbes folgen, will STOCKAR die Art. 100 II und 101 III OR, die nach ihrem Wortlaut nur für konzessionierte Gewerbe Geltung haben sollen, auch auf die Inhaber bloss tatsächlicher Monopole ausdehnen [14].

Der Vorschlag STOCKARS ist nicht ganz unproblematisch. Zunächst mag man dagegen einwenden, dass es ausserordentlich schwierig sein dürfte, den Begriff des Monopols sachgerecht zu bestimmen. Wie gross müsste der Marktanteil des anbietenden Verwenders sein? Könnte man überhaupt von einer einheitlichen Ziffer ausgehen oder müsste man – entsprechend dem angebotenen Gut – unterschiedliche Marktanteile in Betracht ziehen? Hätte sich ein Verwender bei der «Errechnung» seines Monopols die Anteile jener Konkurrenten, die identische Klauseln verwenden, anrechnen zu lassen? Schliesslich würde der Monopolbegriff jedenfalls dann vollständig zerfliessen, wenn man bestehende und zumutbare Substitutionsmöglichkeiten als monopolhindernd anerkennen würde. Man würde Gefahr laufen, Kontrollkriterien zu schaffen, denen die Judikabilität fehlt. Schliesslich darf an dieser Stelle noch an den bereits oben [15] angeführten Einwand RAISERS erinnert werden: Weshalb soll ein Kleinunternehmer, der seiner Kundschaft Freizeichnungsklauseln vorlegt und darauf vertraut, dass sie von der Mehrheit der Kunden nicht verstanden werden, schutzwürdiger sein als ein Monopolist – was immer man darunter verstehen möge –, der unter Ausnützung seiner Marktmacht seinen Kunden eine entsprechende Regelung aufoktroyiert? Der Einwand, der leichtsinnige Adherent, der Formulare unterzeichne, ohne ihren Inhalt vollumfänglich zu verstehen, sei selber schuld, wenn er ungünstige Folgen zu tragen habe, ist nicht mehr zeitgemäss und vermag heute nicht mehr zu überzeugen [16].

Das Schweizerische Bundesgericht hat m. E. gut daran getan, sich der Monopoltheorie nicht anzuschliessen [17]. Es hat wiederholt entschieden, ob ein Vertrag gegen die guten Sitten verstosse, sei nur anhand seines Inhaltes abzuwägen [18].

[14] STOCKAR, a. a. O., S. 47.
[15] Vgl. S. 148.
[16] OFTINGER, laesio, S. 540.
[17] BGE *77* II 157 Erw. 5, *84* II 22, *94* II 207 f. Vgl. auch ZR *42* 49.
[18] Dies mag auch auf die unterschiedliche Fassung von Art. 19 II OR und § 138 BGB zurückzuführen sein: Während § 138 BGB von einem Rechtsgeschäft spricht, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nach Art. 19 II OR eine Abweichung vom Gesetz (womit der Inhalt angesprochen ist) nur dann zulässig, wenn die Vereinbarung u. a. nicht gegen die guten Sitten verstösst. Noch klarer bringt dies die französische Fassung von Art. 20 I OR zum Ausdruck: Le contrat est nul s'il a pour objet une chose contraire aux mœurs.

A. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung

LARENZ [19] und FLUME [20] und mit ihnen auch LUKES [21] haben die dogmatische Begründung der Schranken des Inhaltes von AGB an den Umstand geknüpft, dass die AGB einmal durch den Verwender oder seinen Verband redigiert worden und sich sodann ihre Vereinbarung dadurch charakterisiere, «dass nach den Gepflogenheiten des Verkehrs der eine Vertragspartner die Geltung der Geschäftsbedingungen verlangt und der andere sich dem fügt, ohne vom Inhalt der Geschäftsbedingungen sonderlich Notiz zu nehmen» [22]. Hinsichtlich des Inhaltes sei die Regelung daher im allgemeinen keine einverständliche, sondern eine einseitige. Insofern gleiche die für die AGB spezifische Situation dem in § 315 BGB [23] vorausgesetzten Tatbestand der einseitigen Bestimmung der Vertragsleistung durch die eine Partei.

Aus dieser faktisch übereinstimmenden Grundlage leiten die genannten Autoren die analoge Anwendung des in § 315 BGB enthaltenen Schutzgedankens zur Begründung und Bestimmung der Inhaltsgrenzen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ab: Danach wäre der Verwender gehalten, die ihm überlassene Regelung nach billigem Ermessen zu treffen. Wegleitend für die inhaltliche Konkretisierung des Billigen sollen dabei nicht die Idealvorstellungen des Richters, sondern die Vorschriften des dispositiven Gesetzesrechtes sein [24]. Nach LARENZ [25] soll es darauf ankommen, ob mit der fraglichen Geschäftsart ein besonderes, bei der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht berücksichtigtes Risiko verbunden ist und ob dem Kunden für die in der gesetzlichen Regelung für ihn begründeten Vorteile, die er aufgeben soll, ein hinreichender Ausgleich gewährt wird, mit anderen Worten, ob die Interessen beider Teile angemessen berücksichtigt sind. Wenn die AGB nicht dem solcherart gefundenen Massstab der Billigkeit entsprechen, sollen sie nach FLUME [26] und LARENZ [27] nichtig sein.

[19] Erstmals in Schuldrecht I, 2. Aufl. 1956.

[20] FLUME, Festschrift, a. a. O., S. 167 f.; *ders.*, Rechtsgeschäft, S. 610 und 668.

[21] NJW *1963* 1897 ff.

[22] FLUME, Rechtsgeschäft, S. 610.

[23] § 315 BGB lautet folgendermassen: «Soll die Leistung durch einen der Vertragsschliessenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.» ... «Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.»

[24] Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 671.

[25] LARENZ, Schuldrecht I, 7. Aufl., S. 97.

[26] FLUME, Rechtsgeschäft, S. 671.

[27] LARENZ, Schuldrecht, S. 97.

Die von FLUME und LARENZ vertretene Auffassung von der Anwendbarkeit des § 315 BGB fand in der deutschen Doktrin[28] und Rechtsprechung[29] zunächst weithin Zustimmung. Als Vorzug der Korrektur von AGB auf der Grundlage des § 315 BGB wurde insbesondere die gegenüber § 242 BGB engere sachliche Beziehung zum normierten Sachverhalt hervorgehoben. Während Treu und Glauben[30] nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen der Vertragsfreiheit die einzelnen Rechte und Pflichten näher bestimmen wolle, setze § 315 BGB eine Grenze für die Vertragsgestaltung. Ausserdem enthebe die Anwendung von § 315 BGB den Richter von der Aufgabe, zu begründen, weshalb eine unbillige AGB-Klausel gegen Treu und Glauben verstossen solle, während eine gleiche Klausel eines Individualvertrages nicht zu beanstanden sei[31].

B. Die Übernahme der Theorie von der einseitigen Vertragsgestaltung in der schweizerischen Literatur

Das schweizerische Recht kennt keine dem § 315 BGB entsprechende Bestimmung. MERZ[32] hat indessen die Auffassung vertreten, ein dieser Vorschrift entsprechender Gedanke finde sich in Art. 71 Abs. 2 OR konkretisiert. Nach jener Vorschrift darf der Schuldner einer Gattungsleistung keine Sache unter mittlerer Qualität als Erfüllung anbieten. Allgemein sei durch die schweizerische Praxis[33] anerkannt, dass die Ausübung vertraglich eingeräumten Ermessens ihre Schranke in Art. 2 ZGB finde. Dies ist zweifellos richtig; nach dem Wortlaut jener Vorschrift hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte nach Treu und Glauben zu handeln. Für die Ausübung vertraglich eingeräumten Ermessens bestimmt das Gesetz keine Ausnahme. Nur ist damit noch nicht dargetan, dass und weshalb Treu und Glauben den zur Ausübung des Ermessens Berechtigten verpflichtet, die Bestimmung der Leistung innerhalb der Grenzen des Billigen zu treffen. Art. 2 Abs. 1 ZGB verbietet ihm bloss, das eingeräumte Ermessen in treuwidriger Weise zu gebrauchen; er verweist ihn nicht auf die engeren Gren-

[28] Neben LUKES, a.a.O., vgl. SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 68f., 265; ERMAN/HEFERMEHL, BGB, Vorb. III, 5 vor § 145; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL, HGB, N 101 zu § 346; PALANDT/DANCKELMANN, BGB, 25. A., Einf. 3b vor § 145; BAUMBACH/DUDEN, HGB, Einf. III, 3e; NAENDRUP, Teilnichtigkeit, § 80ff.; LEHMANN/HÜBNER, Allg. Teil, § 29; MEDICUS, in JuS *1965* 210, N 11; *ders.*, Bürgerliches Recht § IV 2c cc; WOLF, Rechtsgeschäftlicher Interessenausgleich, S. 47ff.; BYDLINSKI, Privatautonomie, S. 214ff.

[29] BGH *38* 183, 186; OLG Hamburg, in Versicherungsrecht *1966* 440f.; OLG Saarbrücken, in Justizblatt des Saarlandes *1966* 81f.; LG Tübingen, in NJW *1964* 1798f.; LG Ravensburg, in NJW *1965* 637.

[30] Dazu unten, S. 160ff.

[31] So FLUME, Rechtsgeschäft, S. 671.

[32] MERZ, ZSR *80* (1961) 351f.; *ders.*, Berner Kommentar, N 178 zu Art. 2 ZGB.

[33] Zürcher Handelsgericht in ZR *33* (1934) Nr. 36. Das gleiche Fazit wird man bereits aus dem Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 13. März 1908 (ZR *7* [1908] 151) ziehen.

zen der Billigkeit[34], die, im Gegensatz zu Art. 2 Abs. 1 ZGB, eine qualifizierte Unangemessenheit voraussetzen. Es ist damit also noch nicht bewiesen, dass die Treuepflicht einen Vertragsabschluss zu unbilligen Allgemeinen Bedingungen verbiete.

Das Gegenteil hat in jüngerer Zeit AUER[35] vertreten. Nach seiner Auffassung stellt die in Art. 71 Abs. 2 OR niedergelegte Vorschrift nichts anderes dar als die Positivierung eines dem schweizerischen Recht allgemein eigenen Prinzips der Begrenzung der Befugnis zur einseitigen Konkretisierung des Vertragsinhaltes. Auch für die Schweiz habe daher zu gelten, dass sich die Ausübung vertraglich eingeräumten Ermessens durch eine der Parteien innerhalb der Schranken der Billigkeit halten müsse[36]. Überschreitet die zur Vertragsergänzung berechtigte Partei die Grenzen des vertraglich eingeräumten Ermessens, so soll nach dieser Ansicht eine zweifache Rechtsfolge Platz greifen: Zunächst habe der Richter, wenn er die Überschreitung festgestellt hat, die Vertragsklauseln in diesem Umfang unter Aufrechterhaltung des übrigen Teils des Rechtsgeschäftes als ungültig zu erklären[37]. Alsdann habe er die durch die Nichtigerklärung entstandenen Lücken des Vertrages nach billigem Ermessen auszufüllen[38].

AUER will die von ihm für die Ausübung vertraglich eingeräumten Ermessens entwickelten Grundsätze auch auf die Gestaltung von Standardverträgen angewendet wissen. Die Ähnlichkeit mit der bei AGB vorliegenden Situation veranlasst ihn, die Begrenzung der Bestimmungsfreiheit auf das unter den gegebenen Umständen Angemessene und Billige auch auf die Gestaltung von AGB zu übertragen. «Der Kunde, der durch ausserhalb seiner Kontrolle liegende Umstände dazu angehalten ist, dem Unternehmer die Vertragsgestaltung zu überlassen, soll sich auf eine billige Ausübung dieser Gestaltung ebenso verlassen können wie eine Vertragspartei, die ihrer Gegenpartei das Gestaltungsrecht vertraglich eingeräumt hat[39].»

Für den Fall, dass der Verwender von der ihm eingeräumten Gestaltungsbefugnis nicht im Sinne des Billigen Gebrauch macht, soll nach AUER nur die erste der für die Überschreitung vertraglich eingeräumten Ermessens herausgearbeiteten Regeln zur Anwendung gelangen: Der Richter habe bloss die wegen

[34] Dazu BÜRGI, Ursprung und Bedeutung der Begriffe «Treu und Glauben» und «Billigkeit» im schweizerischen Zivilrecht; MEIER-HAYOZ, Kommentar, N 23 f. zu Art. 4 ZGB.

[35] AUER, Richterliche Korrektur, S. 59 ff.

[36] AUER, Richterliche Korrektur, S. 59, verweist auf MEIER-HAYOZ, Kommentar zu Art. 4 ZGB, N 25. MEIER-HAYOZ gründet das Postulat, wonach die einseitige Gestaltung nach Grundsätzen der Billigkeit zu erfolgen habe, eben gerade nicht auf einen entsprechenden Rechtsgrundsatz, sondern auf einen zu präsumierenden Willen der Vertragsparteien. Dies ist offensichtlich ein für unsere Belange sehr wesentlicher Unterschied.

[37] Voraussetzung für die Aufrechterhaltung bildet selbstverständlich, dass die Nichtigkeit nicht wesentliche Teile des Vertrages betrifft.

[38] AUER, Richterliche Kontrolle, S. 60.

[39] AUER, Richterliche Kontrolle, S. 61.

Unangemessenheit unzulässige AGB-Bestimmung als nichtig zu erklären, ohne dass der Vertrag dahinfalle. Da es an einer entsprechenden gesetzlichen Verweisung gemäss Art. 4 ZGB für den AGB-Vertrag mangelt, fehle dem Richter die Befugnis, die nun entstandene Vertragslücke nach seinem pflichtgemässen Ermessen auszufüllen. Der Vertrag sei entweder durch das dispositive Recht oder nach anerkannten Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung zu vervollständigen.

C. Kritik der Lehre von der Überschreitung vertraglich eingeräumten Ermessens

Bereits die Prämisse, auf der AUER seine Theorie gründet, steht nicht ohne weiteres fest. Wenn AUER der Auffassung ist, es liesse sich aus dem Umstand, dass unser Recht Sonderbestimmungen enthalte, die die Ausübung des vertraglich eingeräumten Ermessens an die Grenzen des Billigen binde, ein allgemeines Prinzip der Begrenzung einseitiger Vertragsgestaltung ableiten[40], so scheint dieser Schluss in seiner Allgemeinheit eher problematisch. Freilich könnte sich AUER mit seiner Ansicht auf v. TUHR[41] und neuerdings auch auf v. TUHR/PETER[42] berufen. Allein, v. TUHR und auch v. TUHR/PETER[43] begründen ihre Ansicht nicht weiter, sondern verweisen einfach auf die in § 315 BGB enthaltene Bestimmung. Auch die in ZR *60* (1961) Nr. 130 publizierten Entscheide des Zürcher Obergerichtes und des Bundesgerichtes entscheiden die Frage nicht zweifelsfrei. Zwar haben in jenem Urteil das Obergericht und, ihm folgend, das Bundesgericht anerkannt, dass ein Arbeitgeber, der mit seinen Angestellten vereinbart, dass er für diese Zusatzversicherungen zur eidgenössischen Unfallversicherung abschliesse und sich dabei deren Höhe und die Einordnung der Angestellten in die verschiedenen Versicherungsklassen vorbehält, die Versicherungsverträge nach pflichtgemässem Ermessen einzugehen hat. Gemäss dem obergerichtlichen Judikat darf der Arbeitgeber sein «Ermessen nicht unbeschränkt, sondern nur den Verhältnissen gemäss» ausüben; gemäss Bundesgericht hat das Ermessen «pflichtgemäss i. S. des objektiv Angemessenen» zu sein. Der Entscheid betraf indessen, wie ersichtlich, ein Bestimmungsrecht der einen Vertragspartei im Zusammenhang mit einem Arbeitsvertrag. Es muss da-

40 AUER, Richterliche Kontrolle, S. 59.
41 v. TUHR, Allgemeiner Teil OR, S. 169.
42 v. TUHR/PETER, Allgemeiner Teil OR, S. 191.
43 v. TUHR/PETER berufen sich dabei allerdings auf einen Entscheid des Bundesgerichtes, bei dem es jedoch nicht um die Ausübung des Ermessens durch eine der Vertragsparteien, sondern durch den Richter ging. Dass der Richter Entscheide, bei denen er auf das Ermessen verwiesen wird, nach der Billigkeit zu fällen hat, ist selbstverständlich. Dies sagt auch Art. 4 ZGB für die Fälle, wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen verweist.

her – angesichts der im Arbeitsvertragsverhältnis gegenüber andern Vertragsarten gesteigerten gegenseitigen Fürsorge[44] und Treuepflichten[45] als ungewiss bezeichnet werden, ob der in den angeführten Entscheiden umschriebene Grundsatz auch auf andere Vertragsarten angewendet werden könne[46].

Erscheint es nach dem Gesagten bereits als unsicher, ob das schweizerische Recht ein allgemeines Prinzip kenne, wonach vertraglich eingeräumtes Ermessen nicht anders als nach Grundsätzen der Billigkeit ausgeübt werden dürfe, so ist im weiteren noch auf grundsätzliche Zweifel an der Anwendbarkeit eines solchen präsumierten Rechtssatzes auf die den Standardverträgen im allgemeinen und den AGB im besonderen zugrunde liegende Problemstellung hinzuweisen. Auch jene Autoren[47], die in § 315 BGB[48] die geeignete Rechtsgrundlage zur Korrektur von AGB erblicken, wollen diese Norm nicht unmittelbar, tale quale, zur Begründung und Bestimmung der postulierten Gestaltungsgrenzen heranziehen. Sie vertreten lediglich die Auffassung, infolge der rechtlichen Gleichartigkeit des unter Einbeziehung von AGB zustandegekommenen Vertrages mit dem in § 315 BGB vorausgesetzten Tatbestande seien die Vorschriften über die einseitige Vertragsbestimmung sinngemäss, d.h. analog, auch auf AGB anzuwenden. Es ist im folgenden zu erörtern, ob die Voraussetzungen eines Analogieschlusses vorhanden sind. Vorwegzunehmen ist dabei der Hinweis, dass der rechtliche Charakter der von v. TUHR/PETER und von AUER postulierten Norm einer analogen Anwendung auf weitere, von ihr nicht unmittelbar erfasste Tatbestände nicht im Wege steht. Nach allgemeiner Auffassung sind nämlich nicht nur Sätze des geschriebenen Rechts, sondern auch solche des Gewohnheits- und des Richterrechts analogiefähig[49].

Als Analogieschluss bezeichnet man bekanntlich die Anwendung einer bestehenden Norm auf einen Sachverhalt, der von ihr nach ihrem Wortlaut nicht unmittelbar erfasst wird, zu ihr jedoch eine so weitgehende Ähnlichkeit aufweist, dass sich die gleiche rechtliche Lösung rechtfertigt. Der Analogieschluss beruht auf der fundamentalen ethischen Maxime, dass Gleiches nicht verschieden behandelt werden soll[50]. Er findet seine Grenze dort, wo zwischen den beiden Tat-

[44] Vgl. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., S. 71. Der Arbeitgeber ist danach verpflichtet, «im Rahmen des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer Schutz und Fürsorge zuteil werden zu lassen und dessen berechtigte Interessen in guten Treuen zu wahren.» Vgl. auch PATRY, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII, S. 203.

[45] REHBINDER, a.a.O., S. 46ff.

[46] Auch BGE *101* II 109ff. entscheidet die Frage nicht, da in jenem Falle die Parteien die Bemessung des Gutachtenshonorars nicht in das Ermessen des Beauftragten stellten, sondern überhaupt offenliessen.

[47] LUKES, NJW *1963* 1898; LARENZ, Schuldrecht I, S. 97; vgl. auch BGHZ *38* 183.

[48] Für die Schweiz in einem entsprechenden Satz des Richterrechts.

[49] BGE *63* II 173; FRIEDRICH, ZSR *71* II (1952) 444; MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, S. 27f.; ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, S. 146.

[50] Dazu Friedrich, a.a.O., S. 442.

beständen ein wesentlicher Unterschied zutage tritt. Hier kommt dann unter Umständen der Umkehrschluss zum Zuge, nach dem von der Unterschiedlichkeit der Voraussetzungen auf die Verschiedenheit der Rechtsfolgen gefolgert werden kann[51]. Damit ist auch bereits auf die Schwierigkeit[52] hingewiesen, die sich bei jedem Analogieschluss stellt: Sie liegt im Entscheid darüber, ob der ungeregelte Sachverhalt dem in der Basisnorm vorausgesetzten hinreichend ähnlich ist oder nicht. Diese Frage ist nach der axiologisch-teleologischen Methode zu beantworten, indem man untersucht, ob der hinter der Basisnorm stehende gesetzgeberische Gedanke auch auf den ungeregelten Sachverhalt anzuwenden ist[53]. Es handelt sich somit um ein Verfahren der reduktiven Logik. Unsere Aufgabe stellt sich also zunächst folgendermassen dar: Welches ist die dem § 315 BGB, bzw. einem entsprechenden ungeschriebenen Satze des schweizerischen Rechts, zugrunde liegende legislatorische Idee? Alsdann: Ist diese Idee auch auf die Begrenzung des Inhaltes von AGB anzuwenden?

Lukes[54] will Sinn und Zweck des § 315 BGB aus dem Gedanken der Privatautonomie erschliessen. Während – so wird argumentiert – im Normalfall der vertraglichen Verpflichtung beide Parteien die ihnen durch die Rechtsordnung verliehene Befugnis, die einzelnen Punkte des Vertrages in beidseitigem Einvernehmen zu bestimmen, ausüben und damit ihre Privatautonomie selbst ausnützen, können die Rechtssubjekte ihre Beziehung auch dergestalt regeln, dass sie durch ihre Willenserklärung bloss einen Teil des Rechtsgeschäftes unmittelbar selber gestalten und kraft ihrer Privatautonomie die Bestimmung des andern Teils einer Drittperson oder der einen der Vertragsparteien übertragen. Es wird dadurch die eigene Kompetenz, den Inhalt des Rechtsgeschäftes festzulegen, einem andern überlassen. Der andere nimmt bei der Bestimmung der offen gelassenen Punkte die eigenen und die ihm übertragenen Privatautonomiebefugnisse wahr. Sinn und Zweck des § 315 ist es nun nach Lukes, eine Grenze der Privatautonomie[55] des Übertragenden in dem Sinne zu statuieren, dass derjenige, der die Privatautonomiebefugnisse erhalten hat, diese nicht nach Belieben, sondern nur innerhalb der Schranken billigen Ermessens ausüben dürfe.

Soll damit behauptet werden, derjenige, der dem andern seine (Mit-)Gestaltungsbefugnis übertrage, könne infolge des Umfanges der ihm durch die Rechtsordnung verliehenen Privatautonomie dem andern nur beschränkte Normsetzungsmacht delegieren, so widerspricht dieser These vor allem einmal der Wortlaut des § 315 BGB selber. Jene Vorschrift ordnet ausdrücklich an, es

51 Dazu Engisch, a. a. O., S. 144.
52 Schneider, Logik für Juristen, 2. A., S. 168.
53 Friedrich, a. a. O., S. 443.
54 Lukes, NJW *1963* 1899.
55 Auch für Flume ergibt sich diese Begrenzung aus den Grundsätzen der Privatautonomie: Rechtsgeschäft, S. 671; Festschrift, S. 170.

sei im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen sei. Daraus ergibt sich, dass eine abweichende Abrede dem § 315 BGB vorgeht. Folglich setzt die Vorschrift voraus, dass derjenige, der seine Mitgestaltungsbefugnisse dem andern überträgt, diesen auch zu freier Bestimmung der Vertragsleistung bzw. der Nebenpunkte ermächtigen kann. § 315 I BGB setzt somit den Rahmen der Privatautonomie dessen, der den andern zur Gestaltung autorisiert, ausdrücklich weiter, als dies LUKES tut.

Wenn man nun die Auffassung vertreten wollte, die durch das Gesetz bestimmten Grenzen der Privatautonomie würden mittelbar dadurch bestimmt, ob der eine den andern ausdrücklich zu freier Bestimmung des Vertragsinhaltes ermächtige oder nicht, so wäre eine solche Meinung zum vorneherein haltlos. Sie würde nämlich die abwegige Vorstellung voraussetzen, der Umfang der durch die Rechtsordnung den Privatrechtssubjekten verliehenen Rechtsmacht, des rechtlichen Könnens also, bestimme sich nach dem Willen eben dieser Rechtssubjekte, d.h. der Ermächtigten.

Die Vorschrift des § 315 BGB stellt primär einen Grundsatz für die Ergänzung unvollständiger Verträge auf. Diesen Schluss legt vor allem die systematische Stellung der Bestimmung innerhalb des Schuldrechtes nahe. Sie befindet sich im ersten Titel des zweiten Abschnittes, also im Zusammenhang der Vorschriften über die Begründung und den Inhalt des Vertrages. Wenn sie, wie LUKES annimmt, Grenzen der Privatautonomie der Kontrahierenden bestimmen wollte, so hätte sie unter Berücksichtigung der Systemkonformität an anderer Stelle des Gesetzes, etwa bei den Bestimmungen über die Person im ersten Abschnitt oder bei jenen über die Rechtsgeschäfte im dritten Abschnitt[56] des allgemeinen Teils des BGB untergebracht werden sollen. Nachdem dies nicht der Fall ist, will die Vorschrift von § 315 m.E. vielmehr eine Regel aufstellen zur Ergänzung von Vereinbarungen, die ohne diese Norm mangels Bestimmbarkeit der Leistung gar nicht gültige Verträge darstellen würden[57, 58]. § 315 BGB bildet eine «ultimo ratio» für die Fälle, wo die Befugnis zur Bestimmung der Leistung ohne Bestimmungskriterien der einen Partei übertragen wird. Würde sie fehlen, so könnte dann, wenn die Leistungsbestimmung dem Schuldner übertragen worden ist, dieser sich seiner Verpflichtung dadurch entschlagen, dass er seine Leistung als presque rien konkretisieren oder die «calendas graecas» als Leistungstermin bestimmen würde.

[56] Der dritte Abschnitt enthält u.a. Titel über die Geschäftsfähigkeit, die Willenserklärung, den Vertrag und die Vollmacht.

[57] Diese Annahme wird erhärtet durch die Tatsache, dass § 315 BGB unmittelbar an eine Vorschrift anschliesst, die ebenfalls die Reichweite einer Willenserklärung, jedoch nach einer andern Richtung hin, bestimmt: § 314 BGB: Verpflichtet sich jemand zur Veräusserung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich die Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache.

[58] Im Ergebnis übereinstimmend: ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht, I/1, 5. A., 1975, S. 106, 151 ff.; ebenso wohl auch: FIKENTSCHER, Schuldrecht, 5. A., 1975, S. 103.

Es würde alsdann an einer hinreichenden Willensbindung des Schuldners überhaupt fehlen. Wenn umgekehrt der Gläubiger die Schuldnerleistung bestimmen könnte, so wäre der Schuldner auch innerhalb des in § 138 BGB umschriebenen Sittenwidrigkeitsverbotes in oftmals unangemessener Weise seiner Willkür unterworfen.

Bei Art. 71 Abs. 2 OR tritt der bloss vertragsergänzende Charakter der Vorschrift noch viel offensichtlicher zutage als bei § 315 BGB. Art. 71 Abs. 2 OR steht im Zusammenhang der Erfüllung der Obligation. Der dispositive Charakter der Vorschrift und die Fassung des Marginale tun ein übriges, jeden Zweifel daran auszuschliessen, dass dieser Bestimmung nicht die Funktion zukommt, die Privatautonomie derjenigen Partei zu begrenzen, die der andern ihre Mitgestaltungsbefugnisse überlässt.

Damit sei indessen nicht bestritten, dass § 315 BGB und entsprechend Art. 71 Abs. 2 OR sekundär eine eminent wichtige Schutzfunktion für die Partei erfüllt, die der anderen die alleinige Bestimmungsmacht einräumt, bzw. einzuräumen gezwungen ist. Ebensowenig soll damit die enge Orientierung der konkreten Ausgestaltung des § 315 BGB bzw. des Art. 71 Abs. 2 OR am Grundsatz von Treu und Glauben geleugnet werden [59].

Wenn die Funktion der Vorschrift des § 315 BGB – und damit des postulierten ungeschriebenen Rechtssatzes der schweizerischen Rechtsordnung – darin besteht, für Verträge, deren konkrete Ausgestaltung der einen Partei übertragen wird, einen Bestimmungsrahmen in die Hand zu geben, so sind sie für eine – wenngleich analoge – Anwendung auf die bei den AGB vorliegende Problemstellung ungeeignet. § 315 BGB ist hier zu speziell. Der bloss akzidentelle Bezug der darin enthaltenen Regel auf § 242 BGB kann nicht auf weitere Tatbestände analog angewendet werden, da der primäre Sinn der Vorschrift in der Gewährleistung der Bestimmbarkeit der Vertragspflicht und nicht in der Willkürbegrenzung als solcher liegt. An der Bestimmbarkeit der Vertragsleistung fehlt es den Standardverträgen im allgemeinen jedoch gerade nicht, ganz im Gegenteil. Die Bestimmtheit der Vertragsleistung ist im allgemeinen geradezu überperfektioniert, auch wenn typischerweise der Kunde hievon keine Notiz nimmt. § 315 Abs. 1 BGB kann somit seiner Natur nach nicht analog auf Verträge angewendet werden, deren Nebenbestimmungen bei ihrem Zustandekommen bereits feststehen.

Ein weiterer Gedankengang muss zur Ablehnung des analog angewendeten § 315 Abs. 1 BGB und des postulierten entsprechenden ungeschriebenen Satzes des schweizerischen Rechts zur Korrektur des Inhaltes allgemeiner Geschäftsbedingungen führen. Selbst wenn man nämlich mit Auer voraussetzen würde, Sinn und Zweck einer solchen Bestimmung bestehe primär nicht in der Vertrags-

[59] Auf diese Beziehung haben bereits Windscheid/Kipp, Bd. II, § 254, hingewiesen.

ergänzung als solcher, sondern darin, eine Grenze für die Ausübung vertraglich eingeräumten Ermessens festzulegen, wäre ihr analoger Beizug zur Einschränkung der Gestaltungsbefugnis des Verwenders für das schweizerische Recht nicht geeignet.

Ausgangspunkt der Überlegung hat der Umstand zu bilden, dass § 315 Abs. 1 BGB nur dispositives Recht darstellt. Das Gesetz selber bringt dies durch seinen Wortlaut[60] unmissverständlich zum Ausdruck. Eine entsprechende Vereinbarung der Parteien vermag die Verpflichtung des Berechtigten zu Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen auszuschliessen. Auch bei Art. 71 Abs. 2 OR handelt es sich um nachgiebiges Recht, dem eine abweichende Vereinbarung vorgeht[61]. Dies müsste auch für eine allgemeine Bestimmung über die Beschränkung vertraglich eingeräumten Ermessens gelten. Andernfalls würden auf einen gegenüber der positiven Gesetzesvorschrift erweiterten Anwendungsbereich weitergehende Begrenzungen statuiert, als das Gesetz sie selber anordnet. Dies ist jedoch grundsätzlich nicht zulässig und vermöchte jedenfalls mit dem Analogieverfahren nicht gerechtfertigt zu werden. Eine Vertragspartei kann demnach im schweizerischen wie im deutschen Recht der andern die Befugnis einräumen, den Vertragsinhalt innerhalb der durch das Sittenwidrigkeitsverbot und der durch das zwingende Recht gesetzten Schranken völlig frei zu gestalten.

Nach der Regel in maiore minus muss es auch zulässig sein, dass eine Partei nicht bloss zu künftigen, sondern zu bereits ausgeübten unbilligen Ermessensentscheidungen des andern ihre Zustimmung erteilt. Ein zunächst ohne Bestimmungsmacht ausgeübter und deshalb rechtlich an sich irrelevanter Bestimmungsakt wird durch Übertragung einer Normierungsbefugnis nachträglich sanktioniert. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob im Umstand, dass der Kunde mit seiner Verweisungserklärung auf inhaltlich unbillige AGB – sie allein bilden hier Diskussionsgegenstand – nicht bereits eine Zustimmung zu einem über die Billigkeit hinaus, jedoch bereits ausgeübten Ermessen erteile. Liegt mit anderen Worten darin nicht die Sanktionierung der Ausübung erweiterten Ermessens?

Die Beantwortung dieser Frage hat nach traditionellem Verständnis auf der Grundlage der in der Schweiz vorherrschenden Vertrauenstheorie[62] zu erfolgen. Darnach sind Willenserklärungen so auszulegen, wie ihr Empfänger sie in guten Treuen verstehen durfte und verstehen musste. Besondere Bedeutung kommt dabei gerade auch nach Auers Ansicht den für den Sonderfall der unge-

[60] «...so ist im Zweifel anzunehmen...»

[61] Becker, Berner Kommentar, N 7 zu Art. 71 OR.

[62] Aus der überaus umfangreichen Literatur seien genannt: Oftinger, ZSR *58* (1939) 178ff.; Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip; Simonius, Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, Basler Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1942, S. 233ff.

lesen unterzeichneten Urkunde entwickelten Grundsätzen[63] zu. Es wird fingiert, dass derjenige, der eine Urkunde in Unkenntnis ihres Inhaltes unterzeichnet, eine dem Wortlaut der Urkunde entsprechende Willenserklärung abgibt. «Wer eine Urkunde ungelesen unterzeichnet, unterzieht sich deren Inhalt und anerkennt den Text so, wie er lautet[64].» Diese Regel soll auch dann gelten, wenn für den Empfänger der Erklärung erkennbar ist, dass der andere die Urkunde nicht gelesen hat[65]. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur für jene – eher seltenen – Fälle, wo der Adressat der Äusserung erkannte oder hätte erkennen müssen, dass der Inhalt der Urkunde dem Willen des Unterzeichnenden widerspricht[66].

Unter diesen Voraussetzungen kann die eine Partei die andere auch mittels Globalerklärung ermächtigen, die Nebenbedingungen des Vertrages nach freiem, nicht an die Billigkeit gebundenen Ermessen zu bestimmen. Auch eine Willenserklärung, durch die eine derart weitgehende Konkretisierungsbefugnis übertragen wird, hängt in ihrer Gültigkeit nicht davon ab, ob der Erklärende Inhalt und Bedeutung seiner Äusserung zutreffend erfasst hat, es sei denn, der Gegenkontrahent hätte aus den Umständen mit Sicherheit[67] entnehmen müssen, dass die Ermächtigung den Erwartungen des Erklärenden widerspricht. Der Bestimmungsberechtigte kann mit anderen Worten dem andern dessen Willenserklärung auch dann entgegenhalten, wenn dieser die Reichweite ihres Inhaltes zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht kannte und insbesondere nicht wusste, dass seine Erklärung den Berechtigten auch zu unbilliger Bestimmung der Vertragsleistung befugen würde.

Auf dieser Grundlage ist die Frage der analogen Anwendbarkeit eines dem § 315 Abs. 1 BGB entsprechenden Satzes des schweizerischen Rechts zur Begrenzung des Inhaltes von AGB zu beurteilen. Auf unser Problem angewendet, bedeuten die oben dargestellten Hauptsätze der Vertrauenstheorie folgendes: Der Kunde kann den Verwender durch Globalerklärung zu einer im einzelnen unbilligen Gestaltung der AGB ermächtigen. Wenn die AGB im konkreten Fall inhaltlich unbillige Regelungen enthalten, darf der Verwender, wenn der Kunde eine auf die Geltung der AGB gerichtete Globalerklärung abgibt, nach traditionellen Grundsätzen annehmen, dieser sanktioniere sein bereits ausgeübtes freies Ermessen. Wenn die Globalerklärung dem Kunden so zuzurechnen ist, als habe er sie in Kenntnis ihres Inhaltes abgegeben, so darf der Verwender sie

[63] OFTINGER, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde, S. 263ff., AUER, Richterliche Kontrolle, S. 14.
[64] OFTINGER, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde, S. 266.
[65] MERZ, Kommentar, N 165 zu Art. 2 ZGB. A. A. NAEGELI, AGB, S. 70f.
[66] Oben, S. 116f. OFTINGER, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde, S. 268.
[67] OFTINGER, a. a. O., S. 270.

als sinngemässe Ermächtigung zu freier, ausserhalb des Rahmens der Billigkeit ausgeübter Bestimmung des Vertragsinhaltes verstehen.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich m. E., dass selbst dann, wenn man einen aus Art. 71 Abs. 2 OR gewonnenen Rechtssatz voraussetzen wollte, der den Berechtigten allgemein zur Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens innerhalb des Billigen verpflichten würde, ein solcher Satz zur Bestimmung von Grenzen des Inhaltes Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht taugen würde. Die schweizerischen Gerichte haben denn auch den von AUER vorgeschlagenen Weg zur Kontrolle von AGB, soweit ersichtlich, nie beschritten. Auch in Deutschland haben sich übrigens später die Stimmen in der Literatur gemehrt, die die Verwendung des § 315 BGB zu diesem Zweck ablehnten[68].

IV. Kontrolle des Inhaltes von AGB in Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben

A. In der deutschen Lehre und Rechtsprechung

Bereits im Jahre 1931 hatte SEBBA[69] vorgeschlagen, den Inhalt von AGB in direkter Anwendung von § 242 BGB[70] einer Korrektur zu unterziehen. Obschon RAISER[71] gegen diese Anregung an sich zutreffend einwandte, dass § 242 BGB nach seinem Wortlaut lediglich für die Ausübung vertraglicher Befugnisse, nicht aber für die Begründung und Gestaltung des Rechtsverhältnisses selbst eine Norm enthalte und damit nur den Rechtsmissbrauch des Gläubigers und nicht bereits die durch Missbrauch der Vertragsfreiheit erreichte Entstehung von Rechten zu verhindern geeignet sei[72], begann das Reichsgericht – zunächst noch zögernd[73], dann immer konsequenter[74] – die Geltendmachung übermässig einseitiger Befugnisse in unmittelbarer Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben abzuwehren. Es liess sich dabei von der Erkennt-

[68] ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht, I/1, 5. A., S. 106; FIKENTSCHER, Schuldrecht, 5. A., S. 103; HUHN, AGB, S. 206.

[69] SEBBA, Bedeutung und Wirksamkeit autonomer Vertragsbedingungen, S. 17. Zur deutschen Entwicklung auch: BAUER, a. a. O., S. 64 ff.

[70] «Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.»

[71] RAISER, AGB, S. 281 f.

[72] Das weitere Argument, das RAISER gegen § 242 BGB als Instrument der direkten Inhaltskontrolle anführt, gilt heute als überholt: RAISER meint, § 242 BGB vermöge deshalb nicht zu genügen, weil die Festlegung der Grenzen der Vertragsfreiheit in erster Linie nach dem Interesse der Gesamtheit zu erfolgen habe. Demgegenüber verweise § 242 BGB auf die besondern, individuellen Interessen der am Vertrag Beteiligten: RAISER, a. a. O., S. 282. Inzwischen ist anerkannt, dass es bei den AGB primär und ganz überwiegend um die Interessen der daran Beteiligten geht. Vgl. BYDLINSKI, Privatautonomie, S. 105.

[73] Vgl. etwa RGZ *126* 324, *142* 353.

[74] Vgl. DR *1941* 1726; RGZ *168* 321.

nis leiten, dass das Prinzip von Treu und Glauben nicht bloss bei der Erfüllung von Vertragspflichten gewahrt werden muss, sondern dass es sich um einen allgemeingültigen Rechtssatz handelt, der die Beteiligten auch bei der Begründung rechtlicher Sonderverbindungen und bei der Ausübung der darin festgelegten Rechte verpflichtet[75].

Der BGH schloss sich dieser Rechtsprechung an. In BGHZ *22* 90ff. anerkannte er, dass die Berufung auf den Gewährleistungsausschluss für fabrikneue Möbel gegenüber dem Endverbraucher trotz § 476 BGB[76] gegen Treu und Glauben verstosse. Den Grund dafür erblickte es darin, dass der individuell vereinbarte Haftungsausschluss von einer generellen Freizeichnung grundsätzlich verschieden sei. Die generelle Ausserkraftsetzung der dispositiven Vorschriften über die Gewährleistung setze für den Regelfall – und nicht bloss als Ausnahme – eine eigene Rechtsfolge anstelle des vom Gesetzgeber für den Normfall als billig und gerecht befundenen Interessenausgleiches. Der BGH hebt im genannten Entscheid eindringlich die Besonderheit der bei AGB vorliegenden Vertragsabschlusstechnik[77] hervor und betont, § 476 BGB, der den Ausschluss von Gewährleistungspflichten des Verkäufers zwar zulasse, habe es, entsprechend den tatsächlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des 19. Jahrhunderts, mit dem individuellen Haftungsausschluss zu tun, der aufgrund der in Betracht fallenden Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalles zwischen Verkäufer und Käufer besonders ausgehandelt werde. Besondere Beachtung verdienen nach der Auffassung des BGH diese bei den AGB zutage tretenden Besonderheiten dadurch, dass es sich bei den Kunden oft um Personen handelt, «die geschäftsunerfahren und geschäftsungewandt sind und sich demzufolge über die Tragweite der sie unbillig belastenden Freizeichnungsklauseln nicht im klaren sind».

Mit diesen Überlegungen spricht der BGH unmittelbar das Problem der fehlenden Richtigkeitsgewähr[78] bei AGB-Verträgen an. Weil sich der Verwender normalerweise nicht mehr auf ein Aushandeln der Klauseln einlässt und weil breite Kundenschichten die Tragweite des Inhaltes allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht mehr zu überblicken vermögen und daher ungerechtfertigte Bestimmungen vom Betroffenen kaum mehr abgewehrt werden können, muss sich der Verwender eine gegenüber dem Normalvertrag weiter gehende Überprüfung des Vertragsinhaltes gefallen lassen. Die Beeinträchtigung der Interessenwahrnehmung durch den Kunden hat zur Folge, dass vom Verwender mate-

[75] Dazu LARENZ, Schuldrecht I, S. 106ff.; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I/1, 5. A., S. 46.

[76] § 476 BGB entspricht inhaltlich Art. 199 OR.

[77] BGHZ *22* 94ff. Vgl. auch in Juristenzeitung *1973* 91: «Im Gegensatz zu den individual-vertraglichen Vereinbarungen werden AGB zunächst einmal nicht von beiden Parteien ausgehandelt; dies führt zur Inhaltskontrolle der AGB unter den Gesichtspunkten der Angemessenheit und der Billigkeit.»

[78] Vgl. oben, S. 137ff.

riell richtige Gestaltung seiner Bedingungen verlangt wird: «Unter dem Gesichtspunkt (von Treu und Glauben) ist einseitig aufgestellten Klauseln die Anerkennung zu versagen, wenn sie den im dispositiven Recht enthaltenen, ausgewogenen Ausgleich widerstreitender Interessen der Vertragspartner verdrängen, ohne dem Kunden in anderer Weise einen angemessenen Schutz zu sichern[79].» Es ist also nicht grundsätzlich jede zum Nachteil des Kunden erfolgte Abänderung des dispositiven Gesetzesrechts unzulässig. Treuwidrig und daher unbeachtlich ist sie nach dieser Rechtsprechung nur, wenn die Interessen des Kunden nicht in anderer Weise sachlich richtig geschützt werden.

B. Kontrolle des Inhaltes von AGB in Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach schweizerischem Recht

Bereits AUER[80] hat die Möglichkeiten, ungerechten AGB in Anwendung von Art. 2 ZGB die Wirksamkeit zu versagen, eingehend untersucht. Trotz der allgemeinen Fassung des Grundsatzes von Treu und Glauben, den das ZGB weiter umschreibt, als entsprechend das BGB, ist AUER dabei zu einem negativen Ergebnis gelangt: Nach seiner Ansicht bietet Art. 2 ZGB – vorbehältlich gewisser Sonderfälle[81] – keine Handhabe zur Korrektur von Allgemeinen Geschäftsbedingungen[82].

An den Ausgangspunkt seiner Darlegungen stellt AUER die in der schweizerischen Doktrin von MERZ[83] entwickelte Lehre von der Funktionstrennung der Absätze 1 und 2 des Art. 2 ZGB. Während das frühere schweizerische Schrifttum[84] dem Rechtsmissbrauchverbot gegenüber dem Gebot von Treu und Glauben keine selbständige Bedeutung zuerkannt hatte, vertritt MERZ in überzeugender Weise die Auffassung, dass Art. 2 Abs. 1 ZGB den Richter weder zu norm- noch zu vertragsberichtigendem, sondern bloss zu auslegendem und ergänzendem Handeln ermächtige. Wo ein bestimmtes Resultat nicht mehr auf dem Wege der Auslegung und Ergänzung zu erreichen sei, da habe Abs. 2 seinen ausschliesslichen Anwendungsbereich. Nach AUER, der hierin MERZ folgt, kann der Richter «die Ermächtigung zur Korrektur von Verträgen oder Normen nur aus Abs. 2 ableiten». Während also für Gesetz und Vertrag der erste Absatz eine interpretative und ergänzende Funktion spielt, fällt lediglich dem zweiten Absatz eine korrigierende Aufgabe zu[85].

[79] BGHZ *60* 380, mit zahlreichen andern Nachweisen.
[80] AUER, Richterliche Korrektur, S. 40 ff.
[81] AUER, Richterliche Korrektur, S. 47.
[82] AUER, Richterliche Korrektur, S. 45 und 47.
[83] MERZ, Berner Kommentar, N 24 zu Art. 2 ZGB.
[84] Nachweise bei AUER, Richterliche Korrektur, S. 42.
[85] Ebenso DESCHENAUX, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, S. 147 f.

Da AUER von der Hypothese ausgeht, dass Kontrolle des Inhaltes von AGB notwendig auch richterliche Vertragskorrektur, mit anderen Worten einen Eingriff in den Vertrag, zu sein habe, ergibt sich für ihn einwandfrei, dass Art. 1 Abs. 1 ZGB für die Lösung unseres Problems zum vorneherein ausser Betracht fällt und dass – wenn AGB überhaupt in Anwendung von Art. 2 ZGB kontrolliert werden können – dies nur durch Abs. 2 geleistet werden kann[86].

Das sehr allgemein formulierte Rechtsmissbrauchverbot gemäss Art. 2 Abs. 2 bedarf, bevor es angewendet werden kann, der Konkretisierung. Im Interesse der Rechtssicherheit hat die Praxis den massgebenden Gehalt dieser Norm in Leitsätzen formuliert. Dabei haben die folgenden Tatbestände allgemeine Anerkennung gefunden: Unnütze Rechtsausübung – krasses Missverhältnis der Interessen – schonende Rechtsausübung – widersprüchliches Verhalten (venire contra factum proprium) – unredlicher Rechtserwerb[87]. Diese Gruppen sind ihrerseits konkretisierungsbedürftig. Andererseits bilden sie nicht eine in sich abgeschlossene Summe des Anwendungsbereiches des Rechtsmissbrauchverbotes. Neue oder doch bisher rechtlich in ihrer grundsätzlichen Bedeutung nicht hinreichend erfasste Lebensvorgänge können zur Bildung neuer Gruppen oder zur Konkretisierung neuer Untergruppen bereits anerkannter Tatbestände Anlass geben. Diese sukzessive Verfeinerung erfolgt indessen im Bereiche des Rechtsmissbrauchverbotes nicht durch autonome Wertung des Richters; sie hat sich im Gegenteil an den vom Gesetzgeber selbst gesetzten Zwecken zu orientieren. Daraus ergibt sich, dass auch für sämtliche neuzuschaffenden Tatbestände Zielrichtung die Verhinderung zweckwidriger und interesseloser Rechtsausübung bilden muss. Die Möglichkeit, die Berufung auf unbillige, weil den gesetzlich gewollten Interessenausgleich ohne sachlichen Grund zum Nachteil des Kunden abändernde Klauseln allgemeiner Geschäftsbedingungen einem der aufgezählten Missbrauchstatbeständen zuzuordnen, wird von AUER kurzerhand abgelehnt. Nach seiner Meinung «braucht es keine weitere Untersuchung der Einzelgruppen, um festzustellen, dass die Durchsetzung einer einseitig belastenden Klausel in keine dieser Gruppen passt»[88]. Er gelangt daher zum Schluss, dass «eine Korrektur von Standardverträgen aufgrund von ZGB 2 Abs. 2 nicht in Frage kommt».

Damit setzt sich AUER dem naheliegenden Einwand aus, dass namentlich die Zugehörigkeit unseres Problems zur Fallgruppe des unredlichen Rechtserwerbs sinnvoll gar nicht beurteilt werden kann, wenn man nicht zuvor die Frage der Erhebung unbilliger AGB-Klauseln zum Vertragsinhalt unter dem Gesichtspunkt der Zweckkonformität der Verwendung des Vertragsinstituts untersucht.

[86] AUER, Richterliche Korrektur, S. 45.
[87] MERZ, ZSR *80* (1961) I 344.
[88] AUER, Richterliche Korrektur, S. 47.

Es ist mit anderen Worten zunächst abzuklären, ob nicht eben gerade der Umstand, dass ein Recht mittels Einbezugs Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag erworben worden ist, jene Sondervoraussetzung darstellen kann, die gegebenenfalls die Berufung auf das Recht als zweckwidrig und damit als unzulässig erscheinen lässt.

§ 23 Unbillige AGB-Verträge und unredlicher Rechtserwerb

I. Bei Vollerklärung des Kunden

Es wurde bereits ausgeführt [1], dass der Zwang, einseitig bestimmte Vertragsinhalte als ganze unverändert annehmen zu müssen, keine Besonderheit der AGB-Verträge darstellt. Es ist in einer hochdifferenzierten, auf Massenproduktion und auf Massendienstleistungen ausgerichteten Wirtschaft im Gegenteil durchaus der Normalfall, dass der Konsument sich einem normierten, nicht spezifisch auf ihn persönlich ausgerichteten Angebot gegenübersieht, auf dessen Gestaltung er als Individuum keinen nennenswerten Einfluss auszuüben in der Lage ist. Diese allgemeine Erscheinung macht auch vor der faktischen Veränderung des Vertragsmodells nicht halt, das ehedem – wenigstens der Idee nach – am autonomen Entscheid [2] auch tatsächlich machtäquivalenter Bürger orientiert war. Auch ausserhalb der AGB hat sich die Möglichkeit beider am Vertragsabschluss beteiligten Parteien, den Vertrag in gegenseitiger Absprache inhaltlich zu gestalten, für die eine Partei im günstigsten Fall darauf reduziert, unter verschiedenen Alternativen auszuwählen. Der Begriff des Rechtsgeschäftes setzt indessen nicht voraus, dass beide Parteien in voller Entschlussfreiheit handeln; massgebend ist lediglich, ob das Verhalten der Kontrahierenden auf die Auslösung von Rechtsfolgen gerichtet war [3]. Insofern bietet die Verweisung des Kunden auch auf im einzelnen unbillige AGB-Klauseln keine Besonderheiten gegenüber dem Individualvertrag, solange wenigstens der Kunde vor seinem Entscheid Kenntnis von deren Inhalt erlangt und er dadurch in die Lage versetzt wird, sich von den ihm durch den Vertrag erwachsenden Vor- und Nachteilen ein angemessenes Bild zu verschaffen. Wohl wird die Ausübung seiner Vertragsfreiheit und damit seiner Privatautonomie durch die Verwendung der AGB unzweifelhaft vermindert; allein, hierin liegt gegenüber dem vertragli-

[1] Oben, S. 141 f.
[2] RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, S. 100 f.
[3] SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 55. Unter Vorbehalt der positivierten Willensmängel.

chen Normalfall keine Abweichung, die eine rechtliche Sonderbehandlung[4] aufdrängen würde. Der Inhalt der AGB geht hier vor.

II. Bei Globalerklärung des Kunden

A. Keine unmittelbare Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbotes

Die heutige Konzeption des Rechtsmissbrauchsverbotes hat sich aus dem Verbot interesseloser Rechtsausübung, dem Schikaneverbot, entwickelt[5]. Bis in die neuere Zeit hinein blieb der Anwendungsbereich auf das Immobiliarsachenrecht beschränkt. Erst später scheint sich das massgebende Leitmotiv allgemein zum Gedanken der Zweckwidrigkeit ausgeweitet zu haben. Orientierungspunkt blieb jedoch immer die Ausübung subjektiver Rechte[6].

Von da her gesehen, eignet sich das Rechtsmissbrauchsverbot tatsächlich nicht ohne weiteres zur Verhinderung des Missbrauches der Vertragsfreiheit: Die Vertragsfreiheit gewährt den Rechtsunterworfenen nicht subjektive Rechte, sondern befähigt sie bloss, Beziehungen zu begründen, die mit Rechtswirksamkeit ausgestattet werden[7]. Wo es aber an einem subjektiven Recht überhaupt fehlt, ist auch für eine Begrenzung seiner Ausübung kein Platz; das Rechtsmissbrauchsverbot findet keine unmittelbare Anwendung. Unmittelbar von einem Rechtsmissbrauch liesse sich erst sprechen, wenn zwischen den Parteien bereits eine Rechtsbeziehung bestände[8].

B. Globalübernahme und Institutsmissbrauch

1. Der Institutsmissbrauch

In der Rechtswirklichkeit hat man indessen schon seit langem Tatbestände gekannt, wo man zweckwidriger Verwendung auch von Rechtsinstituten, also nicht bloss dem Missbrauch subjektiver Rechte, den Schutz versagte. Zu erinnern ist etwa an die Verwertung von Aktienmänteln[9], an den Durchgriff im Aktienrecht[10] oder an die sog. Bürgerrechtsehe[11] vor der Revision des BG über

[4] Auch für SCHMIDT-SALZER, AGB, S. 11, ist «rechtstechnischer Ansatzpunkt nicht die jeweils gegebene Einseitigkeit der ‚Vertragsordnungen', sondern die mit AGB und Formularverträgen wegen der inhaltlichen Komplexität und des äussern Umfangs verkehrstypischerweise verbundene Überforderung der rechtsgeschäftlichen Verantwortungsfähigkeit».

[5] Vgl. Näheres bei MERZ, Kommentar, N 13ff. zu Art. 2 ZGB.

[6] MERZ, a. a. O., N 28 zu Art. 2 ZGB; SIEGWART, Zweckwidrige Verwendung, S. 29.

[7] Vgl. Näheres oben, S. 55ff.

[8] SIEGWART, Zweckwidrige Verwendung, S. 30.

[9] BGE *55* I 134, 192ff., *64* II 361ff., *80* I 30ff., 60ff., *87* I 295ff.; STEIGER, Das Recht der AG in der Schweiz, S. 366.

[10] Dazu HOMBURGER, Zum «Durchgriff» im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ *67* (1971) 249ff. BGE *71* II 272.

[11] BGE *65* II 135, *66* II 226, *75* II 2.

Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (29. September 1952)[12]. All diesen Tatbeständen ist gemein, dass die Verwendung eines Rechtsinstituts gegen die jeweilige gesetzgeberische Zweckbestimmung verstösst. Die Rechtsprechung hat solche Missbräuche nach Möglichkeit zu unterbinden gesucht, wobei es ihr in Anbetracht der Vielfalt der in Frage kommenden Fallgruppen nicht gelungen ist, einheitliche Beurteilungsgrundsätze zu entwickeln. So wurde die einzig zum Zwecke des Erwerbs schweizerischen Bürgerrechts eingegangene Ehe als nichtig beurteilt; den Vertrag über den Verkauf eines leeren Aktienmantels trifft das Odium der Unsittlichkeit. Beim Durchgriff wird die missbräuchlich vorgeschobene juristische Person als inexistent betrachtet[13]. Negativ lässt sich lediglich folgern, dass die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten durch die Judikatur als rechtswidrig qualifiziert wird[14]. Umgekehrt heisst das: Die Rechtsunterworfenen haben die Rechtsinstitute in einer Weise zu gebrauchen, die ihrer immanenten Zwecksetzung entspricht. Dieses Ergebnis deckt sich mit der in Deutschland neuerdings stark an Anhängerschaft gewinnenden Lehre vom Verbot des institutionellen Rechtsfehlgebrauchs[15]. Im Gegensatz zur gesetzlich positivierten Rechtsmissbrauchskonzeption setzt diese Anschauung die gesellschaftliche Funktion der Rechtsinstitute und damit auch die Legitimationsbasis[16] der daraus fliessenden subjektiven Rechte in den Mittelpunkt der Betrachtung. Man begreift die Einzelbefugnisse als «Ausdruck von Verhaltensschemata, die als Strukturelemente der gesellschaftlichen Ordnung» rechtlich anerkannt werden. Rechtsinstitute werden als «juristische Ausprägung sozialer Organisationsformen»[17] verstanden. «Jede durch das fragliche Rechtsinstitut gegebene Befugnis hat bestimmte Aufgaben bei der interessengemässen Schlichtung der möglichen sozialen Konflikte und damit einen im einzelnen bestimmbaren sozialen Sinn[18].» Die Ausübung subjektiver Rechte hat sich in die objektiven, mit der Ordnung des Rechtsinstituts gegebenen Zwecke einzuordnen[19]. «Zweckwidriger Gebrauch wird als Missbrauch empfunden und verdient keinen Rechtsschutz[20].» Für Raiser ergibt sich das Verbot des

[12] Weitere Beispiele: Siegwart, Zweckwidrige Verwendung, S. 5ff.

[13] Zu den Schwierigkeiten, denen sich eine einheitliche Regelbildung für Institutsmissbräuche gegenübergestellt sieht: Siegwart, Zweckwidrige Verwendung, S. 21ff.

[14] Siegwart, Zweckwidrige Verwendung, S. 28.

[15] Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, S. 151; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/1, 5. A., S. 46ff.; Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 40f., 60f.; Kramer, Krise, S. 51ff.

[16] Esser/Schmidt, Schuldrecht, S. 46.

[17] Esser/Schmidt, Schuldrecht, S. 46.

[18] Esser/Schmidt, Schuldrecht, S. 47.

[19] Raiser, Rechtsschutz, S. 152.

[20] Raiser, a. a. O.; Esser/Schmidt erkennt darin mit Recht eine «Schranke der Delegation von Aufgaben an die Gestaltungsmacht des einzelnen (Privatautonomie)», Schuldrecht, S. 47. Treffend nun auch Bauer für das schweizerische Recht: «Der Forderung des Individuums nach Anerkennung und Gewährleistung seiner vertraglichen Entscheidungen durch den Staat treten Ansprüche

institutionellen Rechtsmissbrauches aus dem Systemgedanken des Privatrechts, der neben der «Sicherung individueller Handlungsräume durch Zuteilung subjektiver Rechte» auch und vor allem die «Sicherung der unser gesellschaftliches Leben durchziehenden Institutionen durch die Ausbildung entsprechender Rechtsinstitute kraft objektiven Rechts»[21] im Auge hat.

Normsetzung bedeutet immer auch Zwecksetzung. Aus dieser Erkenntnis und aus dem Grundsatz, dass die Art der Begründung und Ausübung von Rechten immer dann eingeschränkt werden muss, wo sie sich gegen Sinn und Funktion des betreffenden Rechtsinstitutes als solchem zu wenden droht, ergibt sich die generelle Pflicht, Rechtsnormen in zweckkonformer Weise zu benützen. Ob es sich dabei um eine gewissermassen abstrakte Bindung oder um eine solche gegenüber dem durch ihre Verletzung virtuell Benachteiligten handelt, spielt für unsere Bedürfnisse kaum eine Rolle.

2. Vertragsmodell, Privatautonomie und Freiheit der Persönlichkeit

Liberales Vertragsrecht, das der blossen Übereinstimmung von Willenserklärungen bindende Wirkung verleiht, entlastet sich weitestgehend von der Gewährleistung materieller Vertragsgerechtigkeit[22]. Dies kann in einer Gesellschaft, deren Rechtsordnung nach dem Grundprinzip wenigstens formaler Gleichberechtigung ihrer Mitglieder organisiert ist, nur dann legitim sein, wenn eine grosse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Verpflichtung des einzelnen autonom erfolgt, also von seinem Wissen und Willen[23] gedeckt ist. Wissen und Wille der Beteiligten hinsichtlich der zu normierenden Rechtsfolgen kommt im liberalen Vertragskonzept eine absolut zentrale Rolle zu. Eine Diskrepanz zwischen dem Geschäftswillen und dem objektiven Gehalt der Erklärung soll nach diesem Modell pathologische[24] Ausnahme bilden. Gerechtigkeit durch Verfahren hat nämlich überhaupt nur dann eine Chance, sich durchzusetzen, wo die im Verfahren sich kontradiktorisch Gegenüberstehenden in der Lage sind, gegenseitig ungerechtfertigte Ansinnen abzuwehren[25]. Voraussetzung hiefür bildet, dass mit zureichender Wahrscheinlichkeit jede Vertragspartei die Willenserklärung der andern zur Kenntnis nimmt.

der Rechtsordnung entgegen, die verlangen, dass jeder Vertrag eine irgendwie geartete Richtigkeitsgewähr in sich trägt», a. a. O., S. 69.

[21] Raiser, Rechtsschutz, S. 148.

[22] Dazu Luhmann, Rechtssoziologie, S. 327, Hausheer, Allgemeinverbindlicherklärung, ZSR *95* (1976) II 271. Der auf das kanonische Recht zurückgehende Gedanke materieller Äquivalenz der Vertragsleistungen wurde erst unter dem Einfluss der Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus aus den positiven Rechten verdrängt. Im ABGB ist er noch in der Bestimmung über die «laesio enormis» erhalten geblieben: § 934f. ABGB. Art. 21 OR setzt demgegenüber zusätzlich subjektive Bedingungen voraus. Vgl. auch Bauer, Schutz vor AGB, S. 24.

[23] Auf die Relativität des Willensbegriffes wurde bereits hingewiesen.

[24] Jäggi, Kommentar zu Art. 1 OR, N 75; Flume, Festschrift, S. 153.

[25] Oben, S. 132ff. Bauer, a. a. O., S. 69.

Auf die enge Beziehung zwischen diesen Aspekten der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit mit dem Persönlichkeitsschutz nach Art. 27 Abs. 2 ZGB sei an dieser Stelle lediglich am Rande hingewiesen. Jene Vorschrift untersagt u. a. die Beschränkung in der Ausübung der Freiheit in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Masse. Art. 27 Abs. 2 ZGB schützt die Entscheidungsfreiheit[26] auch gegen Bedrohungen, die von der zu schützenden Person selbst ausgehen. Einer der hauptsächlichsten Tatbestände der übermässigen Selbstbeschränkung bildet die Einräumung von Bestimmungs- und Gestaltungsrechten, durch die sich jemand dem Belieben eines andern ausliefert[27]. Zwar trifft dieser Tatbestand nicht unmittelbar[28] den Sachverhalt, der bei der globalen Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen vorliegt; eine Ähnlichkeit der Problematik ist indessen unverkennbar. In beiden Fällen geht es um die Anknüpfung erheblicher heteronomer Normsetzungsbefugnisse an einen verhältnismässig minderen autonomen Akt dessen, der sich dem andern unterwirft[29]. Art. 27 Abs. 2 ZGB drückt eine rechtliche Missbilligung solcher Geschäfte aus. Er ist daher als Ausdruck gesetzlicher Interessenabgrenzung auch für unsere Frage von Bedeutung.

Das Gebot der zweckkonformen Verwendung von Rechtsinstituten bedeutet für unsere Belange, dass keine der Parteien den Mechanismus des Vertragsabschlusses in einer Weise gestalten darf, dass die gesetzgeberische Intention, inhaltliche Ausgewogenheit durch kontradiktorische Interessenwahrnehmung der Beteiligten zu gewährleisten, vereitelt wird. Der Vertragsmechanismus, der unter normalen Umständen Vertragsgerechtigkeit wenigstens im Sinne von Marktadäquanz[30] zu gewährleisten vermag, darf nicht in einer Weise verändert werden, die seinem sozialen Sinn und seiner gesamtgesellschaftlichen Aufgabe widerspräche.

[26] JÄGGI, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR *79* (1960) II 203. NORDMANN, Le contrat d'adhésion.

[27] JÄGGI, a. a. O., S. 201. NORDMANN, Le contrat d'adhésion, S. 85: «Par le seul fait que l'adherent accepte des clauses qu'il ne connaît pas, donc s'engage en blanc[6], c'est-à-dire à l'aveuglette[6], remet son sort entre les mains du prédisposant ... perd une partie importante de son pouvoir d'autodétermination.»

[28] Zu den Tatbeständen, wo Allgemeine Geschäftsbedingungen unmittelbar gegen Art. 27 II ZGB verstossen: OFTINGER, Kommentar zu Art. 884 ZGB, N 128; NORDMANN, a. a. O., S. 86, und BGE *51* II 281, *84* II 366. Die Unzulässigkeit solcher Klauseln beruht aber nicht auf dem Umstand, dass sie mittels AGB zum Vertragsinhalt erhoben wurden. BGE *94* II 208.

[29] In ZR *56* (1957) 97 erkannte das Zürcher Obergericht einen an sich nicht übermässig bindenden Vertrag als gegen Art. 27 II ZGB verstossend, weil es sich bei der einen Partei um eine junge, wenig gebildete und wenig geschäftsgewandte Person gehandelt hatte. Diese war beim Vertragsabschluss offenbar in ihrer rechtsgeschäftlichen Verantwortungsfähigkeit überfordert gewesen. Vgl. auch die Rechtsprechung zu den vertraglichen Konkurrenzverboten im Dienstvertragsrecht vor der Revision von 1971: BGE *72* II 419, *78* II 40, *78* II 234.

[30] HAUSHEER: «Die Verwirklichung eines dem konkreten Vertrag angemessenen Interessenausgleichs, und damit der Leistungsäquivalenz, wird damit begründet, dass beiden Vertragspartnern wenigstens die Möglichkeit offensteht, sich marktgerecht zu verhalten.» Allgemeinverbindlicherklärung, ZSR *95* (1976) II 263.

Eben diesem Ziel, die möglichst einwandfreie Erfüllung der dem Vertrag zugewiesenen Funktion zu gewährleisten, sollen unter anderem die gesetzlichen Vorschriften über die absichtliche Täuschung, die Furchterregung, den wesentlichen Irrtum, namentlich auch jene über die Übervorteilung und zum Teil auch jene über die Unsittlichkeit dienen. Diese Vorschriften haben Gefährdungen der Verwirklichung der objektiven Vertragsfunktion zum Gegenstand, die bereits im Zeitpunkt der Entstehung des OR von 1911 [31] bekannt und aktuell waren. Gefährdungen des privaten Interessenausgleiches durch Veränderung des Vertragsabschlussmechanismus waren damals noch relativ selten [32]; die damit verbundene Problematik war noch kaum thematisiert. Die genannten Vorschriften bilden indessen gültige Markierungen auch für unser Problem. Sie lassen deutlich die Interessenabgrenzung durch den Gesetzgeber erkennen und bilden damit einen Hinweis auf die «Schranken der Delegation von Aufgaben an die Gestaltungsmacht des einzelnen» [33].

3. Globalübernahme einseitiger AGB als Institutsmissbrauch

Eine Vereitelung der sozialen Aufgabe und damit des legislatorischen Sinnes des Vertragsinstitutes liegt immer dann vor, wenn AGB, deren Inhalt den gesetzlich gewollten Interessenausgleich [34] zwischen den Parteien zuungunsten des Kunden abändern, global und daher ohne inhaltliche Kontrolle in den Einzelvertrag übernommen werden. Der Verwender macht in solchen Fällen von der Vertragsfreiheit einen der gesetzgeberischen Intention widersprechenden Gebrauch [35]. Da die Zwecksetzung des Gesetzgebers zu der Bestimmung des Umfanges der Delegationsnorm gehört, ist diese Tatsache von beträchtlicher rechtlicher Tragweite: Es zeigt sich, dass bei der globalen Einbeziehung inhaltlich einseitiger AGB die Parteien nur scheinbar ein Verhalten an den Tag legen, das mittels Art. 1 I OR der Rechtsordnung zugerechnet werden kann. Tatsächlich bewegen sie sich insoweit, als sie global unbillige Bedingungen «vereinbaren» ausserhalb der Zweckbestimmung von Art. 1 I OR und damit auch aus-

[31] Das vom gegenwärtig geltenden Gesetz abgelöste alte OR von 1881 enthielt beispielsweise noch keine Vorschrift über die Übervorteilung.

[32] AGB waren damals vor allem in den Sektoren des Eisenbahntransportwesens und der Versicherungen verbreitet.

[33] Esser/Schmidt, Schuldrecht, I/1, 5. A., S. 47.

[34] Raiser, AGB, S. 295ff.; Stockar, Richterliche Korrektur S. 95ff.; Schulte, AGB und «Individualvereinbarung», NJW *1974* 1219; Hurst, Inwieweit kann Gesetzesrecht durch AGB abbedungen werden?, S. 83ff., 135; Fischer, Die allg. Geschäfts- und Lieferbedingungen, Betriebs-Berater *1957* 486; OLG Düsseldorf, Wertpapiermitteilungen *1972* 812.

[35] «Wo das Gesetz durch Schaffung dispositiver Normen dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und damit dem Parteiwillen den Vorrang einräumt, hat es im Grundsatz eine echte Willenseinigung der Vertragsparteien im Auge, nämlich eine solche, die auf einem Aushandeln des Vertragsinhaltes und einer anschliessenden freien, in voller Kenntnis der rechtlichen und wirtschaftlichen Tragweite getroffenen Entschliessung der Beteiligten, einer echten Billigung aller Abreden, beruht.» OLG Düsseldorf, Wertpapiermitteilungen *1972* 813. Bauer, a. a. O., S. 69.

serhalb des Delegationsrahmens dieser Norm. Einseitige Bedingungen werden daher nur scheinbar Bestandteil des Einzelvertrages. Macht der Verwender in der Folge, gestützt auf solche Bedingungen, Ansprüche geltend, so kann ihm der Kunde die Einrede des Rechtsmissbrauches, genauer des unredlichen Rechtserwerbes, entgegenhalten[36]; dem behaupteten Rechtserwerb liegt ein objektiv pflichtwidriges Verhalten zugrunde[37].

§ 24 Ergebnis: Die Obliegenheit des Verwenders, auf unbillige und einseitige Klauseln seiner AGB hinzuweisen

Nach dem Gesagten ist es nicht möglich, einseitige AGB-Klauseln global in den Einzelvertrag zu integrieren. Durch diese Feststellung wird die Gestaltungsfreiheit der Beteiligten, in facto des Verwenders, indessen nicht tangiert: Der Verwender hat nun lediglich dafür zu sorgen, dass der Kunde sich vor dem Abschluss des Vertrages eine sachgerechte Vorstellung vom Inhalt der ihn benachteiligenden AGB macht[1]. Je nach den besonderen Verhältnissen, und namentlich auch dem Bildungsgrad des Kunden, mag ein Hinweis auf die betreffende Klausel genügen. Unter Umständen muss man vom Verwender jedoch verlangen, dass er seinem Partner den Inhalt der Klauseln erklärt und ihn zur Verhinderung des Verklausulierungseffektes auf bestimmte relevante Bezüge hinweist. Diese Pflichten ergeben sich aus dem Verbot, ein Rechtsinstitut in zweckwidriger Weise zu verwenden und sekundär aus dem besonderen Treueverhältnis der am Vertrage Beteiligten.

Die herrschende Ansicht[1a], wonach die Frage global übernommener AGB im wesentlichen einfach nach den Grundsätzen über die ungelesen unterzeichnete Urkunde beantwortet werden kann, wird durch die hier vertretene Meinung nicht abgelehnt, sondern lediglich nach einer bestimmten Hinsicht differenziert: Vorbehaltlos gelten jene Regeln lediglich für Fälle, wo die AGB den Gerechtigkeitsgehalt dispositiver Gesetzesnormen nicht abändern. Hier ist lediglich zu fragen, ob der Empfänger der Akzepterklärung, also der Verwender, nicht hätte erkennen müssen, dass der ungelesene Inhalt, weil den Erwartungen des Verpflichteten widersprechend, nicht gewollt gewesen sei. Die Differenzierung liegt bei jenen Klauseln, die den Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Gesetzesrechts abändern: Hier muss der Verwender auf die abweichende Regel hinweisen. Da der Kunde im Regelfall sich weder von dem tatsächlichen noch

[36] Merz, Kommentar, N 540 ff. zu Art. 2 ZGB.
[37] Oder wie es die Glosse formulierte: Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.
[1] So nun auch Etter, Sammeldepot, S. 105 f. In ähnlicher Richtung auch bereits BGE *96* V 4.
[1a] Merz, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N. 173; Auer, Richterliche Korrektur, S. 14. Dazu kritisch Etter, Sammeldepot, S. 105, und Merz, Contrôle, S. 198 f.

vom möglichen Inhalt der AGB Rechenschaft gibt [2], wird er auch kaum jemals dazu gelangen, eine Klausel abzulehnen. Es muss daher vom Verwender verlangt werden, dafür zu sorgen, dass sein Partner sich eine adäquate Vorstellung vom Inhalt und der Tragweite wenigstens der ihn benachteiligenden Bestimmungen macht. Es trifft ihn insofern eine Offenbarungspflicht. Wird diese Pflicht verletzt, «so erwächst aus ihrer Missachtung für den Unterzeichner die Einrede aus Art. 2 ZGB, welche die Bindung an den Inhalt der Urkunde ausschliesst» [3].

Die Ansicht, der Verwender habe den Kunden vor der Integration der AGB auf einseitige und unbillige Klauseln hinzuweisen, ist übrigens nicht völlig neu. Der Bundesgerichtshof [4] hat vor dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes in einzelnen Urteilen die Überzeugung vertreten, es müsse vom redlichen und loyalen Verwender verlangt werden, seinen Partner über Inhalt und Tragweite der Vertragsbedingungen aufzuklären, wenn er ihm beim Vertragsabschluss umfangreiche oder schwer verständliche Allgemeine Geschäftsbedingungen vorlegt. Ähnliche Ansichten wurden bisweilen auch von den unteren Gerichten geäussert: Das Oberlandesgericht Hamburg [5] hielt den Spediteur für verpflichtet, den Kunden auf die Haftungsbeschränkungen und die Regulierung des Schadens durch die Speditionsversicherung [6] hinzuweisen [7]. Das Oberlandesgericht Düsseldorf erkannte in einem Urteil vom 28. Januar 1972 [8], dass derjenige, der sich eines zu seinen Gunsten vom dispositiven Recht abweichenden Vertragsmusters bediene, dafür zu sorgen habe, dass der «Vertragsinhalt von seinem Vertragspartner tatsächlich erfasst und gebilligt wird und dass der Vertrag somit auf die Ebene einer echten Einzelabrede angehoben wird».

§ 25 Schlussthesen

1. AGB erlangen grundsätzlich erst rechtliche Bedeutung mit der Integration in den Einzelvertrag. Diese Integration erfolgt durch einen Einbeziehungsvertrag zwischen dem Verwender und dem Kunden.
2. Sind AGB in den Einzelvertrag einbezogen worden, so stellen sie grundsätzlich gleich Verträgen Regelsätze für menschliches Verhalten dar, die mit Imperativcharakter ausgestattet sind und denen die Rechtsordnung grundsätz-

[2] Gemäss der in der Literatur ganz überwiegend vertretenen Auffassung.

[3] OFTINGER, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde, S. 270.

[4] BGHZ *33* 293, *47* 207. OLG Celle, NJW *58* 562. Dazu LARENZ, Bemerkungen zur Haftung für «culpa in contrahendo», Festschrift Ballerstedt, S. 412.

[5] OLG Hamburg, in: Verkehrsrechtliche Sammlung 3, S. 302.

[6] §§ 40, 41 a ADSp.

[7] Freilich finden sich auch gegenteilige Entscheide, ja sie dürften sich sogar in der Überzahl befinden: LG Hannover (MDR *1958* 168); LG Hamburg (Verkehrsrechtliche Sammlung *5* 353); OLG Düsseldorf (Versicherungsrecht *1950* 118).

[8] Wertpapiermitteilungen *1972* 812ff. (Leitsatz).

lich Zwangscharakter verleiht. Gleich Verträgen sind AGB alsdann Normen. Sie unterscheiden sich von objektivem Recht prinzipiell nur durch die besondere Geltungsvoraussetzung. AGB können daher als vereinbarte Normen qualifiziert werden.

3. Grundsätzlich fehlt den Parteien die Befugnis, AGB einseitig zur Anwendung zu bringen. Ausnahmen betreffen die Betriebsordnung i. S. von Art. 37 IV ArbG und die einseitige Anwendungserklärung des Versicherungsnehmers bei revidierten Allgemeinen Versicherungsbedingungen gemäss Art. 35 VVG.
4. Die Auslegung der Einbeziehungserklärungen erfolgt nach vertrauenstheoretischen Grundsätzen. Nur dort, wo ein vom objektiven Sinn der Erklärungen abweichender tatsächlicher Wille der Parteien inhaltlich übereinstimmt, ist der innere Wille massgebend.
5. Der Einbeziehungsvertrag kann entweder ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten abgeschlossen werden. Bei konkludenter Annahme seiner Einbeziehungsofferte durch den Kunden hat der Verwender jedoch stets zu berücksichtigen, dass die Grundlage seines Vertrauens grundsätzlich weniger sicher ist als bei der ausdrücklichen Vereinbarung. U. U. ist er deshalb verpflichtet, durch geeignete Vorkehren Gewissheit über den Einbeziehungswillen des Kunden herbeizuführen.
6. Grundsätzlich darf der Verwender das Schweigen des Kunden nur dann als Zustimmung zur Einbeziehung der AGB deuten, wenn nach Lage der Dinge wahrscheinlich ist, dass dem Kunden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der Einbeziehungswille des Verwenders nicht nur bekannt, sondern auch bewusst war.
7. In der Regel ungenügend ist daher die Bekanntgabe des Einbeziehungswillens durch Reklamesendungen, Prospekte, Kataloge mit nicht-individuellem Massencharakter, durch eine allgemeine Publikation der AGB, durch Lieferscheine, Gebrauchsanweisungen und Rechnungen, Quittungen, Tickets, Fahrkarten und Depotscheine. Beschränkt tauglich ist die Bekanntgabe des Einbeziehungswillens durch einen Anschlag im Geschäftslokal.
8. Durch ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben können AGB dann in den Einzelvertrag integriert werden, wenn die Parteien bereits vorher über die Anwendung der AGB verhandelt haben, ein eindeutiges Ergebnis hierüber jedoch nicht erzielt werden konnte. Darüber hinaus bildet das unwidersprochen gebliebene Bestätigungsschreiben nur dann eine hinreichende Geltungsgrundlage, wenn die AGB den Kunden nicht benachteiligen. Der Verwender darf nämlich nicht davon ausgehen, der Kunde wolle stillschweigend einer Abänderung des bereits geschlossenen Vertrages zustimmen, die seine Rechtsstellung beeinträchtigt.

9. Die Verkehrssitte ist im allgemeinen keine hinreichende Geltungsgrundlage von AGB.
10. Der Einbeziehungswille kann sich entweder bloss auf die AGB insgesamt oder aber zusätzlich auch auf die einzelnen Klauseln beziehen. Im einen Fall spricht man von Global-, im andern von Vollerklärungen. Diese Unterscheidung ist für die Abgrenzung des Anwendungsbereiches der für AGB geltenden Sonderregeln von grundlegender Bedeutung.
11. Grundsätzlich sind die einzelnen Bestimmungen der AGB dem Kunden auch dann zuzurechnen, wenn er seine Einbeziehungserklärung nur global erteilt hat. Es wird alsdann angenommen, er sei mit den AGB als mit einer Kodifikation des verkehrsüblichen Vertragsinhaltes einverstanden.
12. Die AGB gelten insoweit nicht, als sich ein übereinstimmender konträrer innerer Wille der Parteien oder eine abweichende Individualvereinbarung feststellen lässt oder wenn der Verwender beim Vertragsschluss hätte einen abweichenden Geschäftswillen des Kunden erkennen müssen. Des weitern gelten global vereinbarte AGB in dem Umfange nicht, als sie ungewöhnliche Regeln enthalten, mit denen der Kunde nicht rechnen musste. Besonderes gilt für Gerichtsstandsvereinbarungen und für Klauseln, die den Interessenausgleich des dispositiven Gesetzesrechts zuungunsten des Kunden abändern.
13. Durch die Verwendung von AGB wird dem Kunden die Erkenntnis der zu vereinbarenden Vertragsordnung erschwert. Infolge des Umfanges und der inhaltlichen Komplexität der AGB wird es ihm in der Regel verunmöglicht, ihre Tragweite genau abzuschätzen. AGB erwecken durch ihre Sprache und ihre äussere Erscheinung typischerweise den Eindruck des Feststehenden, Unabänderlichen, ja Gesetzesähnlichen. Dadurch und durch das Gefühl, das Geschriebene ohnehin nicht zu verstehen, werden die Kunden regelmässig dazu bewogen, die AGB vor dem Vertragsschluss nicht durchzulesen.
14. Durch die globale Einbeziehung von AGB wird der Kunde daher in seiner rechtsgeschäftlichen Verantwortungsfähigkeit überfordert.
15. Der AGB-Inhalt weist daher typischerweise nur eine sehr schwache Anknüpfung an die Privatautonomie des Kunden auf.
16. Die durch den Vertragsmechanismus im Normalfall verbürgte Richtigkeitskontrolle wird durch die besondere Technik des Vertragsschlusses mittels AGB unterlaufen.
17. Wenn die Rechtsordnung die übereinstimmenden rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen Privater mit rechtlicher Erzwingbarkeit ausstattet, so tut sie dies in der Erwartung, der Vertragsmechanismus und das durch ihn implizierte gegenseitige Abschleifen ungerechtfertigter Interessen durch die

sich kontradiktorisch gegenüberstehenden Parteien verbürgten in der Regel ein richtiges Ergebnis.

18. Wenn der Verwender durch Veranlassen einer globalen Einbeziehungserklärung des Kunden AGB mit Klauseln in den Einzelvertrag integrieren will, die den Interessenausgleich des dispositiven Gesetzesrechts zuungunsten des Kunden abändern, so macht er vom Vertragsinstitut einen Gebrauch, der den Intentionen des Gesetzgebers widerspricht; sein Gebrauch ist missbräuchlich. Dies kann die Rechtsordnung nicht dulden. Die betreffenden Klauseln werden daher nicht mit rechtlicher Erzwingbarkeit ausgestattet.
19. Daraus folgt, dass der Verwender Klauseln, die den Kunden gegenüber dem dispositiven Recht benachteiligen, nur dann mittels AGB in den Vertrag aufnehmen kann, wenn er den Kunden zuvor über deren Sinn und Tragweite aufgeklärt hat. Dafür, dass er dies getan hat, trifft ihn die Beweislast.

Lebenslauf

Am 21. April 1949 wurde ich in Hünenberg ZG geboren. Die Primar- und Sekundarschulen durchlief ich in Küssnacht am Rigi. Im Frühjahr 1968 absolvierte ich am Kollegium Maria Hilf in Schwyz die Handelsmatura. Hernach immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Im Februar 1973 wurde ich zum Lizentiaten promoviert. Darnach absolvierte ich ein Praktikum als Auditor und Substitut am Bezirksgericht Bülach. Zwischen 1975 und 1977 war ich als Assistent der Professoren für Rechtswissenschaft an der Eidgenössischen Technischen Hochschule in Zürich tätig. Daneben verfasste ich meine Dissertation. Am 25. Januar 1978 wurde ich, nach bestandenen Examina, zum Doktor beider Rechte promoviert. Seit dem 1. September 1977 arbeite ich in einem Anwaltsbüro in Zürich.